18.139
право

К. МАРКСА.
Книгохранилище
Н.У.

I

181

34/111

УЧЕБНИКЪ

ПАНДЕКТНАГО ПРАВА

СОЧИНЕНІЕ

ПРОФЕССОРА ГЕЙДЕЛЬБЕРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

ВИНДШЕЙДА.

БИБЛІОТЕКА
Ростово-Нахичеванскаго н/Д.
СТУДЕНЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА.
Отдѣлъ Юридическ.
Под'отд.
№ 160 Цѣна 10 р. к.
по инвент. книгѣ № 820

Ростовская публичная библиотека - им. К. Маркса

ТОМЪ І.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

Переводъ съ нѣмецкаго, подъ редакціею

С. В. Пахмана

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

М 48705
30209
93484 / 347(37)
Ростово-Нах. О-во Потребителей Е.П.О. Центральный распределитель

Изданіе А. Гіероглифова и И. Никифорова.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
1874 г.

БИБЛИОТЕКА им. К. Маркса

ПРОВЕРЕНО 1944

Р. 3/18.139

Проверено
1937—38 г.

Ростовск.-н-Д. Государствен.
Публичная Библиотека
им. К. МАРКСА.

Типографія Скарятина, на углу Фонарнаго пер., домъ Франка.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Въ послѣднее время, вмѣстѣ съ распространеніемъ спроса на основательное юридическое образованіе, болѣе прежняго и у насъ высказывается убѣжденіе, что истинно-научное и практическое знаніе гражданскаго права не можетъ обойтись безъ близкаго знакомства съ правомъ римскимъ. Въ этомъ смыслѣ подъ римскимъ правомъ разумѣются не тѣ отжившія уже свой вѣкъ формы чисто-римскаго юридическаго быта, но преимущественно тѣ начала гражданскаго права, которыя выработаны многовѣковою теоретическою и практическою дѣятельностью римскихъ юристовъ и которыя понынѣ сохраняютъ значеніе юридической логики. Система этихъ началъ и составляетъ собственно то, что въ западной литературѣ изучается и разработывается подъ названіемъ *Пандектнаго права*, такъ что такъ-называемые учебники Пандектнаго права какъ бы замѣняютъ собою теорію гражданскаго права, примѣнимую къ изученію каждаго изъ современныхъ гражданскихъ кодексовъ.

Въ русской литературѣ понынѣ не появлялось ни одного сочиненія въ смыслѣ помянутаго учебника, а между тѣмъ въ подобномъ руководствѣ чувствуется настоятельная потребность. Разумѣется само собою, что впредь до появленія оригинальныхъ сочиненій по этому предмету на русскомъ языкѣ необ-

ходимо обращаться къ произведеніямъ иностранной юридической литературы. Въ ряду систематическихъ руководствъ по Пандектному праву обширною и заслуженною извѣстностью пользуется сочиненіе одного изъ новѣйшихъ и наиболѣе глубокихъ знатоковъ римскаго права, профессора Гейдельбергскаго (прежде Мюнхенскаго) университета *Виндшейда*.

Это сочиненіе, посвященное одному изъ извѣстнѣйшихъ германскихъ юристовъ К. Г. Вехтеру, представляетъ собою плодъ многолѣтней педагогической и литературной дѣятельности автора и отличается самостоятельностью и оригинальностью воззрѣній по многимъ вопросамъ теоріи гражданскаго права. Выборъ этого труда для перевода на русскій языкъ тѣмъ умѣстнѣе, что при всей своей сжатости учебникъ этотъ принадлежитъ не столько къ разряду чисто-элементарныхъ руководствъ, сколько къ разряду тѣхъ систематическихъ курсовъ, въ коихъ излагаются не одни только голые выводы науки, но и указывается самый процессъ ихъ разработки и обсуживаются спорные вопросы. При составленіи этого учебника авторъ имѣлъ конечно прежде всего въ виду цѣль педагогическую; но этимъ однимъ не ограничивалась задача его труда. Самъ авторъ въ предисловіи къ первому изданію (1862 г.) говоритъ, что мысль о составленіи учебника вызвана была впервые потребностью его собственныхъ лекцій и что онъ главнымъ образомъ имѣлъ въ виду интересы учащихся, но вмѣстѣ съ тѣмъ и для этой скромной цѣли онъ болѣе страшился чрезмѣрной сжатости и краткости, чѣмъ обстоятельнаго изложенія предмета. При этомъ онъ высказываетъ, что его книга не чужда и другой задачи: дать читателю возможно полный матеріалъ науки, какъ пособіе для дальнѣйшихъ теоретическихъ и практическихъ изслѣдованій. Для обѣихъ помянутыхъ цѣлей помѣщены въ учебникѣ весьма обильныя указанія на всѣ важнѣйшія сочиненія и изслѣдованія, начиная съ Глюка *).

*) Кромѣ приведеннаго здѣсь заявленія автора о задачахъ его труда, въ предисловіяхъ подлинника нѣтъ ничего интереснаго или важнаго для русскаго читателя; поэтому они и не помѣщаются въ переводѣ.

Предлагаемый переводъ «общей части», обнимающей собою двѣ первыя книги подлинника, сдѣланъ съ 3-го изданія (1870 г.) Переводомъ ея занимался кандидатъ правъ С.-Петербургскаго университета И. Г. Табашниковъ. При пересмотрѣ перевода имѣлось въ виду по возможности точно и ясно передать не только мысль, но и текстъ подлинника. Для всякаго знакомаго съ дѣломъ понятно, насколько вообще труденъ вполнѣ удовлетворительный переводъ научныхъ сочиненій, въ особенности если принять во вниманіе, что у насъ далеко еще не установилась точная юридическая терминологія.

С. Пахманъ.

12 Марта 1874 г.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

		стран.
	Введеніе.	
§ 1— 2	I. Понятіе о пандектномъ правѣ	1
§ 3— 5	II. Источники пандектнаго права	7
§ 6	III. Значеніе пандектнаго права	14
§ 7— 12a.	IV. Литература	17
§ 13	V. Порядокъ изложенія	32

КНИГА ПЕРВАЯ.

О ПРАВѢ ВООБЩЕ.

Глава первая. **Источники права.**		
§ 14	I. Законъ	35
	II. Обычное право	
§ 15	A. Понятіе обычнаго права и основаніе его обязательной силы	37
§ 16	B. Условія обычнаго права	39
§ 17	C. Распознаваніе обычнаго права	43
§ 18	D. Сила обычнаго права	44
§ 19	Автономія и соотвѣтствующее ей обычное право	45

стран.

Глава вторая. **Толкованіе и научное изслѣдованіе права.**

I. Толкованіе и научное изслѣдованіе права вообще.

§ 20 Понятіе толкованія. Научное толкованіе и т. н. легальная интерпретація 47
§ 21— 22 Грамматическое и логическое толкованіе. Аналогія (закона) 48
§ 23 Пробѣлы и противорѣчія. Аналогія (права) . . 54
§ 24 Научное изслѣдованіе права 55
§ 25— 26 II. Толкованіе пандектнаго права въ особенности . 57

Глава третья. **Различія въ содержаніи права.**

§ 27 Управомочивающія, объясняющія и отрицющія правоположенія 60
§ 28 Строгое и справедливое право 61
§ 29 Нормальное и исключительное право. Привилегія 63
§ 30 Принудительное и условно-обязательное право . 65

Глава четвертая. **Предѣлы дѣйствія права.**

§ 31— 33 I. Предѣлы во времени 65
§ 34— 35 II. Предѣлы въ пространствѣ 73
§ 36 Мѣстожительство 80

КНИГА ВТОРАЯ.

О ПРАВАХЪ ВООБЩЕ.

Глава первая. **Понятіе и виды правъ.**

§ 37 Понятіе правъ 82
Виды правъ . . . . . .
§ 38— 42 Вещныя и личныя права, семейныя и имущественныя права 84
Притязанія . . . . . .
43 Понятіе. Вещныя и личныя притязанія . . . 91

стран.

§ 44 Римская actio 94
§ 45 Actio in rem и in personam. 96
§ 46 Actio stricti iudicii и bonae fidei, actio arbitraria 100
§ 47— 48 Возраженія 104

Глава вторая. **Юридическій субъектъ.**

I. О юридическомъ субъектѣ вообще.
§ 49 Физическое и юридическое лицо. Безсубъектность права 108
§ 50 Неопредѣленность юридическаго субъекта. . . 112
§ 51. Стеченіе юридическихъ субъектовъ 113

II. Человѣкъ, какъ юридическій субъектъ.
§ 52— 53 A. Начало и конецъ человѣческой личности . . 114
B. Юридически—важныя различія людей . . . .
§ 54 Полъ, возрастъ, здоровье 118
§ 55 Вѣроисповѣданіе; подданство; семейная подчиненность 120
§ 56 Гражданская честь 122
§ 56a—56b Родство и свойство 124

III. Юридическое лицо.
§ 57 A. Понятіе и виды 128
B. Правоотношеніе . . . . . .
§ 58 1. Юридическое лицо какъ юридическій субъектъ 132
§ 59 2. Дѣйствія юридическаго лица 135
§ 60 C. Возникновеніе юридическаго лица 138
§ 61—62 D. Прекращеніе юридическаго лица 140

Глава третья. **Возникновеніе, прекращеніе и измѣненіе правъ.**

I. Вообще.
§ 63 Возникновеніе и прекращеніе 143
§ 64— 65 Измѣненіе 143
§ 65a Бездѣйствіе правъ 146
§ 66 Пріобрѣтеніе и потеря правъ 147
§ 67—68 Юридическіе факты 148

		стран.
	II. Юридическіе акты	
§ 69	A. Понятіе и виды	151
	B. Условія дѣйствительности актовъ	
§ 70	Введеніе	154
§ 71	1. Дѣеспособность	155
§ 72	2. Форма изъявленія воли	159
§ 73— 74	3. Изъявленіе воли посредствомъ другихъ лицъ.	162
§ 75— 77	4. Подлинность (истинность) выраженной воли	171
	5. Мотивы (побужденія) воли	
§ 78— 79	Заблужденіе. Обманъ	177
§ 80	Страхъ. Принужденіе	182
§ 81	6. Содержаніе юридическаго акта	184
	C. Недѣйствительность юридическихъ актовъ . .	
§ 82	1. Понятіе и виды	186
§ 83	2. Исправленіе недѣйствительности	193
§ 83a.	3. Вліяніе клятвеннаго подтвержденія на недѣйствительность актовъ	197
	D. Дѣйствіе юридическихъ актовъ	
§ 84— 85	1. Вообще	198
	2. Самоограниченія дѣйствія юридическихъактовъ	
	a. Условіе	
§ 86— 87	α. Понятіе и виды	201
	β. Дѣйствіе условія	
§ 88	aa. Вообще	207
§ 89	bb. Состояніе акта до осуществленія условія	209
	cc. Состояніе акта по осуществленіи условія	
§ 90	αα. Вообще	214
§ 91	ββ. Имѣетъ ли осуществившееся условіе обратную силу?	215
§ 92	γγ. Когда условіе считается осуществившимся	218
§ 93— 94	γ. Въ частности, относительно особенныхъ условій	223
§ 95	δ. Допустимость условій	231
§ 96— 96a.	b. Назначеніе срока	232
§ 97—100.	c. Предположеніе (Voraussetzung)	237
§ 101	III. Недозволенныя дѣянія	246

		стран.
	IV. Вліяніе времени на возникновеніе, прекращеніе и измѣненіе правъ	
§ 102	A. Вообще.	250
§ 103—104	B. Опредѣленіе и исчисленіе времени	251
	C. Давность	
§ 105	1. Вообще	260
	2. Давность притязаній	
§ 106	Введеніе	263
	a. Условія давности	
§ 107	α. Неудовлетвореніе притязанія. Начало давности.	265
§ 108—109	β. Неосуществленіе притязанія	270
§ 110	γ. Истеченіе времени.	276
§ 111	δ. Добросовѣстность при давности . . .	278
§ 112	b. Дѣйствіе давности притязаній	279
§ 113	3. Незапамятная давность	283
	V. Возвращеніе въ прежнее положеніе.	
§ 114	A. Понятіе и существо его	286
	B. Условія	
§ 115	1. Невыгодное юридическое послѣдствіе . . .	289
	2. Юридическое основаніе	
§ 116	a. Вообще.	292
§ 117	b. Несовершеннолѣтіе	294
§ 118	c. Принужденіе, обманъ и заблужденіе. . .	296
§ 119	d. Возвращеніе въ пр. пол. по поводу просрочки	298
§ 120	C. О реституціи въ ея осуществленіи	301

Глава четвертая. **Осуществленіе, нарушеніе и защита правъ.**

§ 121	I. Осуществленіе правъ	305
§ 122	II. Правонарушеніе	309
§ 123	III. Запрещеніе самозащиты	312
	IV. Вліяніе процесса на матеріальныя правоотношенія.	
§ 124—126	A. Начало процесса	314
	B. Рѣшеніе	
§ 127	Введеніе	326
§ 128	Предположеніе обвиненія	328

стран.

§ 129—132 Юридическая сила рѣшенія 331
§ 133 Прибавленіе. О доказательствѣ 348
§ 134 V. Средства обезпеченія 353
§ 135—136 Прибавленіе къ I и II книгѣ. О привилегіяхъ . . 355

СОКРАЩЕНІЯ.

Lehrbücher и Handbücher Зейферта, Пухты, Вангерова, Кирульфа, Савиньи, Синтениса, Арндтса, Бринца, Келлера, Бёкинга, Вехтера, Унгера (стр. 26—31) цитируются (обыкновенно) по именамъ ихъ авторовъ.

Сокращеніе: H G B означаетъ das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (общегерманское торговое уложеніе), сокращеніе: WO.—die allgemeine deutsche Wechselordnung (общегерманскій вексельный уставъ).

ВВЕДЕНІЕ.

I. Понятіе о пандектномъ правѣ.

§ 1.

Подъ пандектнымъ правомъ разумѣется обще-германское гражданское право римскаго происхожденія.

Обще-германское гражданское право есть то нѣмецкое гражданское право, которое имѣетъ силу для Германіи какъ Германіи, для Германіи какъ цѣлаго [1]). Только часть этого гражданскаго права туземнаго происхожденія; другая же и притомъ

---

[1]) О понятіи общаго права см. Вехтера gemeines Recht Deutschlands, § 1. стр. 4—17, Тэля Einleitungin das deutsche Privatrecht § 46—48, Брунса въ Ersch und Gruber Encyclopädie LVII стр. 208 и сл. Понятіе общаго права основано на чрезвычайно важномъ какъ вообще, такъ и въ правовѣдѣніи, понятіи о цѣломъ, какъ о чемъ-то такомъ, что̀ сравнительно съ своими частями представляется не суммою, но единствомъ своихъ частей. Право, дѣйствующее какъ такое цѣлое въ какой-либо юридической области, есть общее право для отдѣльныхъ областей, на которыя распадается цѣлое; право же, дѣйствующее въ отдѣльной области, какъ таковой, есть особое, мѣстное право этой области. Это послѣднее право не будетъ общимъ даже и тогда, когда содержаніе его во всѣхъ областяхъ будетъ одинаково (Тэль удачно называетъ такое право всеобщимъ правомъ), и наоборотъ, общее право не перестаетъ быть общимъ лишь потому, что оно не распространяется на одну или даже на нѣсколько областей, входящихъ въ составъ страны; остальныя области продолжаютъ подчиняться ему не какъ обособленныя области, а лишь потому, что онѣ входятъ въ составъ цѣлаго. Въ этомъ отношеніи нельзя согласиться съ Вехтеромъ, который утверждаетъ, что объ общемъ правѣ не можетъ быть и рѣчи, коль скоро оно перестаетъ дѣйствовать хотя въ одной какой-либо части: здѣсь смѣшиваются два понятія: „юридическая область какъ цѣлое“ и „цѣлая юридическая область“. Еще менѣе можно одобрить, уже вслѣдствіе одной его неопредѣленности, взглядъ Брунса, который говоритъ, что общее право перестаетъ быть общимъ лишь тогда, „когда изъятія изъ него возрастаютъ“.

большая часть его основана на принятыхъ чужихъ правахъ, между которыми главное мѣсто занимаетъ римское [2]).

Римское право стало дѣйствующимъ въ Германіи [3]) не въ силу законодательнаго акта, а на подобіе обычнаго права, и притомъ точнѣе говоря, чрезъ соблюденіе его не народомъ, а юристами, которые основывали на немъ свои рѣшенія и мнѣнія (§ 16). Они дѣйствовали при этомъ подъ вліяніемъ неотразимой нравственной силы, которую проявляло надъ ними римское право. Какъ по формѣ, такъ и по содержанію оно было настолько выше туземнаго, что представлялось не національнымъ, а всеобщимъ правомъ [4]). Примѣняя римское право, германскіе юристы, увлеченные господствовавшимъ въ ихъ время направленіемъ, были безгранично преданы исторгнутой изъ забвенія античной культурѣ [5]). Это

---

[2]) Рядомъ съ нимъ стоятъ каноническое право и лонгобардское ленное право.

[3]) Такой исторіи принятія римскаго права въ Германіи, которая удовлетворяла бы всѣмъ требованіямъ, еще не написано. Можно указать на слѣдующія сочиненія: Senckenberg methodus iurisprudentiæ app. III p. 128—147, Эйхгорна deutsche Staats-und Rechtsgeschichte III § 440—444, и преимущественно на Штоббе Geschichte der deutschen Rechtsquellen I стр. 609—655. II стр. 1—142. Сюда же относятся: Мутеръ Zeitschr. f. R. Gesch. IV стр. 380—445. К. А. Шмидтъ (въ Ростокѣ) die Reception des römischen Rechts in Deutschland (1868). Критика на него Штоббе въ VJSchr. XI стр. 1 и сл. Ср. также Штинцинга, Geschichte der populären Literatur des römisch-canonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfange des sechszehnten Jahrhunderts (1867).

[4]) Туземное право было большею частію право обычное и въ этомъ смыслѣ называлось jus incertum; оно содержало въ себѣ рядъ отдѣльныхъ, по большей части весьма конкретныхъ правилъ, но въ немъ не было руководящихъ началъ; его опредѣленія въ сравненіи съ потребностями все болѣе и болѣе развивавшагося гражданскаго оборота были недостаточны. Римское право, на сколько можно было извлечь опредѣленныя начала изъ буквы источниковъ, оказывало во всемъ свою помощь. Штоббе в. пр. соч. I стр. 636—638.

[5]) Штоббе в. пр. соч. I стр. 640. „Какъ гуманисты думали, что черпаютъ безусловную истину и человѣческое образованіе изъ греческихъ и римскихъ писателей, такъ и юристы, изучавшіе римское право въ Болоньи и пытавшіеся перенести его въ свое отечество, ни мало не сознавали, что они навязываютъ своему народу чуждое право и что не всѣ постановленія Corpus juris могутъ быть примѣняемы. Думали, что переносится не чужое право, а примѣняется лишь наиболѣе по своему развитію законченное право, право Κατ' ἐξοχήν. Этому способствовало еще свойственное тому времени отсутствіе историческаго пониманія. Такъ, и саксонское зерцало (Sachsenspiegel) во многихъ мѣстахъ при-

главное основаніе подкрѣплялось еще тою идеею, что римская имперія, корону которой носилъ германскій императоръ, есть лишь продолженіе древней имперіи римскихъ императоровъ, а потому и кодексы Юстиніана должны обладать тою же обязательною силой, какъ и имперскіе законы [6]). Такъ, въ 1495 г. вновь организованному имперскому суду (Reichskammergericht) указано было руководствоваться между прочимъ и римскимъ правомъ [7]), и подобное распоряженіе далеко не было новостью; въ Германіи принятіе римскаго права можетъ считаться завершившимся уже къ срединѣ XVI столѣтія [8]).

нято было какъ законодательный источникъ, безъ точнаго изслѣдованія, насколько его постановленія согласуются съ мѣстнымъ правомъ. За юридическими совѣтами обращались къ какому-нибудь высшему суду, не справившись напередъ, согласуются ли начала его права съ началами права спрашивающаго города. Штоббе I стр. 639.

[6]) Какъ Римская имперія считалась всемірною, такъ и римское право считалось обязательнымъ для всего міра. Эта идея высказывается въ законахъ и грамотахъ германскихъ императоровъ уже съ Оттона III (Штоббе I стр 612 — 624. II. стр. 110). Особенную силу она должна была получить въ Германіи, гдѣ германскій императоръ дѣйствительно правилъ, и преимущественно тамъ, гдѣ онъ управлялъ непосредственно. Уже въ 1342 г. имп. Людовикъ предписываетъ имперскому суду, чтобъ онъ впредь руководствовался при своихъ приговорахъ „законами, постановленными королями и императорами его предмѣстниками въ Римской имперіи и писанными правами“. Подобное же предписаніе даетъ Альбрехтъ II въ земскомъ мирѣ (Landfrieden) 1438 г. Штоббе I стр. 621—624. I. стр. 87. (По отношенію къ указу имп. Людовика ср., впрочемъ, Франклина Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland, стр. 107 и сл.; онъ старается доказать, что этотъ указъ не относился къ римскому праву).

[7]) Ему предписывалось судить „по имперскимъ и общимъ правамъ“. Подъ „общими правами“ слѣдуетъ разумѣть здѣсь и римское право, хотя не исключительно. Если прежде увлекались до того, что въ этомъ постановленіи видѣли истинный источникъ дѣйствія римскаго права въ Германіи, то съ другой стороны, не слѣдуетъ умалять значеніе того вліянія, которое имперскій судъ оказалъ на введеніе и упроченіе римскаго права. Это послѣднее доказывается тѣмъ, что въ тѣхъ областяхъ, на которыя не распространялась власть этого суда, римское право не имѣло законной силы, хотя отношенія тамъ были въ существенныхъ чертахъ тѣже; таковы Швейцарія, Шлезвигъ, сѣверная Франція. См. Эйхгорна deutsche Staats u. Rechtsgesch. III § 442, Гербера das wissenschaftliche Princip des gem. deutschen Privatrechts стр. 128. 145, Штоббе II стр. 86 и сл. ср. стр. 111 примѣч. 5.

[8]) Слѣды знакомства съ римскимъ правомъ встрѣчаются въ Германіи уже съ

§ 2.

Дѣйствіе римскаго права въ Германіи точнѣе опредѣляется слѣдующими положеніями:

1) Римское право дѣйствуетъ въ Германіи не какъ безусловно общее, но какъ вспомогательно общее право; то-есть, оно не исключаетъ собою противорѣчащихъ ему мѣстныхъ законоположеній, но примѣняется лишь настолько, насколько тому не препятствуютъ эти законоположенія.

2) Оно дѣйствуетъ въ томъ видѣ, какой сообщили ему кодификація Юстиніана и ученіе Болонской школы; принято оно лишь въ этомъ видѣ. Подробнѣе объ этомъ будетъ сказано въ слѣдующемъ параграфѣ.

3) Въ этомъ видѣ, римское право принято какъ цѣлое [1]); а потому нѣтъ надобности доказывать примѣнимость каждаго изъ

---

13 столѣтія, таковы именно оговорки въ нотаріальныхъ актахъ, въ которыхъ отказываются отъ ссылокъ на римское право, Штоббе I стр. 646—650. Но съ конца того же столѣтія начинаютъ уже примѣнять въ отдѣльныхъ постановленіяхъ и институтахъ и римское право. Штоббе I стр. 650. 651. Болѣе обширному примѣненію его предшествовало основаніе отечественныхъ университетовъ (съ средины 14 столѣтія) и то обстоятельство, что и римское право встрѣтило въ нихъ болѣе чѣмъ второстепенное вниманіе, что произошло въ срединѣ 15 столѣтія. Штоббе I стр. 625 — 631. II стр. 9 — 22. Съ этого времени примѣненіе римскаго права растетъ вмѣстѣ съ числомъ научно образованныхъ юристовъ; эти послѣдніе получаютъ въ судахъ сначала перевѣсъ, а затѣмъ окончательно вытѣсняютъ изъ нихъ выборныхъ судей (Volksschöffen). Штоббе II стр. 63—110. (Ср. также Франклина Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland стр. 19 и сл.) Содѣйствіе мѣстнаго законодательства: Штоббе II стр. 114—133. Римское право проникло не только въ Германію, но и въ другія государства, именно въ Англію и сѣверную Францію (въ южной Франціи оно никогда не переставало примѣняться). Но въ Англіи оно не упрочилось (ср. статью Бинера въ krit. Zeitschr. f. Gesetzg. u. RW. des Auslandes XIX. 9), а въ сѣверной Франціи не получило силы закона.

§ 2. [1]) Или какъ прежде выражались: „in complexú“. Это значитъ,что принимались не отдѣльныя римскія правоположенія, ради ихъ особаго содержанія, но римское право какъ таковое. Всѣ основанія принятія относятся къ римскому праву какъ таковому, а не къ особому содержанію его отдѣльныхъ постановленій. Ср. Вехтера gemeines Recht Deutschlands стр. 193—202. А потому свидѣтельства въ пользу принятія какого-либо одного изъ его постановленій служатъ вмѣстѣ съ тѣмъ свидѣтельствомъ въ пользу принятія и другаго. Слѣдуетъ или вовсе отрицать принятіе римскаго права или согласиться съ этимъ выводомъ. Ср. нижеслѣдующее примѣчаніе.

его отдѣльныхъ постановленій; каждое изъ нихъ считается имѣющимъ силу до тѣхъ поръ, пока не явятся основанія противъ его примѣнимости [2]).

4) Римское право дѣйствуетъ въ Германіи не безъ измѣненій. Внесенныя въ него измѣненія проистекаютъ изъ трехъ источни-

---

[2]) Прежде это выражали такимъ образомъ: кто ссылается на римское право, тотъ имѣетъ „fundatam intentionem“. Понимать это такъ, будто можно требовать примѣненія всякаго изъ римскихъ постановленій, пока противникъ не докажетъ его непримѣнимости, было ошибкою уже потому, что о процессуальномъ доказательствѣ силы юридическихъ нормъ не можетъ быть рѣчи. Слѣдовательно, судья долженъ самостоятельно изслѣдовать, не существуютъ ли основанія въ пользу непримѣнимости даннаго законоложенія римскаго права сюда напр. относится то, что отношеніе, котораго касается римскій законъ, нынѣ совершенно не существуетъ. Но въ случаѣ сомнѣнія судья непремѣнно долженъ рѣшать въ пользу примѣнимости. Хотя это и отвергалось въ послѣднее время (Безелеръ, Volksrecht und Juristenrecht стр. 99 — 105, Рейшеръ Zeitschrift für deutsch. Recht IX стр. 373 — 408, Лейстъ, civilistische Studien I стр. 12 — 19 и Bonorum possessio II. 2 стр. 350—367, ср. также Эйхгорна deutsches Privatr § 40, прим. e), но безъ убѣдительныхъ основаній. Указывали на слѣдующее: 1) несправедливо, что римское право принято было какъ цѣлое,—такъ какъ оно не все было принято. Но это не доказательство; здѣсь тоже смѣшеніе понятій, на которое указано въ 1-мъ примѣчаніи къ 1-му §. Цѣлое есть нѣчто отличное отъ суммы его частей. Примѣнимость чего либо къ цѣлому не умельшится оттого, что въ силу особаго основанія оно непримѣнимо къ той или другой части этого цѣлаго; принятіе все-таки относится къ римскому праву какъ цѣлому, то-есть, къ тому, что имѣетъ свойство быть римскимъ правоположеніемъ, хотя принято не все, обладающее такимъ свойствомъ. 2) Говорили, что римское право принято въ дополненіе къ отечественному германскому праву, не только мѣстному, но и общему. Это справедливо; но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы въ случаѣ сомнѣнія нельзя было допустить, что не существуетъ противорѣчащее римскому праву и исключающее его общее правоположеніе. Что примѣняется къ цѣлому, то еще не необходимо примѣняется и ко всѣмъ его частямъ; но лишать его одной изъ его составныхъ частей ненормально. Доказывать слѣдуетъ не правило, а исключенія. Противъ Безелера и Рейшера ср. Вехтера gemeines Recht Deutschlands стр. 186—204, Гербера Princip des gem. deutschen Privatrechts стр. 154—157, а съ другой стороны того же Безелера deutsches Privatrecht 2 изд. § 9.—Также слишкомъ далеко заходитъ увѣреніе (Савинья I стр. 69. 165, Синтенисъ I стр. 18), что всѣ постановленія римскаго права, относящіяся къ государственному праву, должны считаться не принятыми, ср. Вехтера Arch. f. civ. Pr. XXIII ст. 434 и сл., gemeines Recht Deutschlands стр. 193 прим. 236, Guyet Arch. f. ci. Pr. XXXV стр. 44. 45.

ковъ: каноническаго права [3]), нѣмецкихъ имперскихъ законовъ [4]) и обще-германскаго обычнаго права [5]).—Самостоятельные юридическіе институты, основывающіеся на этихъ юридическихъ источникахъ, не относятся къ пандектному праву, а излагаются въ другихъ наукахъ [6]).

5) Распаденіе Германской имперіи не измѣнило въ Германіи этого дѣйствія римскаго права [7]).

---

[3]) Каноническое право содержитъ въ себѣ не одни постановленія о церковныхъ отношеніяхъ, но во многомъ касается и гражданскаго права; это объясняется широкою юрисдикціею духовныхъ судовъ въ средніе вѣка. Хотя первоначально оно обязательно было лишь для духовныхъ судовъ, но мало по малу проникло и въ свѣтскіе, такъ что въ Германіи оно принято подобно римскому. Какъ римское право возводилось къ авторитету императоровъ, такъ и каноническое право выступило съ тѣми притязаніями, которыя даровала ему церковная власть. Штоббе II стр. 134—136. („Относительно принятія каноническаго права нѣтъ еще подробныхъ изслѣдованій“, Штоббе I стр. 610).

[4]) Но для гражданскаго права значеніе ихъ не важно. Наиболѣе важные изъ нихъ для гражданскаго права перечислены у Тэля, Einleit. in das deutsche Privatrecht § 26. — Акты и опредѣленія германскаго союза не суть источники общегерманскаго права; они дѣйствуютъ въ отдѣльныхъ союзныхъ государствахъ лишь въ силу того, что они тамъ обнародованы. Зейф. Arch. XVIII 103.

[5]) Существованіе общегерманскихъ обычаевъ при первыхъ натискахъ римскаго права признано было неохотно и въ ограниченной степени. Только мало по малу укоренилось убѣжденіе, что и общегерманскіе обычаи суть такой же источникъ права, какъ и это чужое право. Вообще въ теченіе всего развитія германскаго права, начиная отъ принятія римскаго, отечественное право непрестанно обращаетъ на себя вниманіе и получаетъ все бо́льшее и большее признаніе. Неоцѣнимое содѣйствіе этому направленію оказала историческая разработка германскаго права, которая пробудилась въ срединѣ 17 столѣтія и все болѣе и болѣе процвѣтаетъ съ начала нынѣшняго столѣтія. Не лишено значенія и то обстоятельство, что въ началѣ 18 столѣтія стали и внѣшнимъ образомъ отдѣлять матеріалъ германскаго права отъ римскаго, не только въ университетскихъ лекціяхъ, но и въ сочиненіяхъ. Образовавшейся отсюда наукѣ дали не подходящее названіе науки общегерманскаго гражданскаго права, не подходящее потому именно, что и принятое римское право есть германское гражданское право; оно дѣйствуетъ у насъ не какъ римское, но какъ нѣмецкое право. Ср. Безелера deutsches Privatrecht § 9.

[6]) Въ ученіяхъ церковнаго права и такъ-называемаго общегерманскаго гражданскаго права, упомянутаго въ предъидущемъ примѣчаніи.

[7]) Говорили, что съ распаденіемъ германской имперіи римское право потеряло въ Германіи значеніе общаго права; что съ этого времени оно удержалось въ отдѣльныхъ государствахъ лишь потому, что признано мѣстнымъ законодательствомъ, слѣдовательно, въ качествѣ мѣстнаго права (Вехтеръ gemeines Recht Deutschlands стр. 171 и сл. 205 и сл., см. также Е. Мейера die Rechtsbildung

Усвоеніе обозначенному здѣсь праву названія пандектнаго права имѣетъ историческое основаніе; имя это сохранилось отъ того времени, когда право преподавалось въ экзегетической формѣ или въ порядкѣ Юстиніановыхъ пандектовъ.

II. Источники пандектнаго права.

§ 3.

Источники пандектнаго права видны изъ сказаннаго въ первыхъ двухъ параграфахъ.

Главнѣйшій источникъ его образуетъ римское право, въ томъ видѣ, какой оно получило въ кодификаціи Юстиніана. Эта кодификація распадается на четыре части: институціи, пандекты, кодексъ и новеллы [1]). Совокупность этихъ частей со времени глоссаторовъ получила названіе Corpus juris civilis [1a]).

Причина, почему источникомъ пандектнаго права служитъ лишь юстиніановское, а не до и послѣ юстиніановское право, заключается въ томъ, что римское право принято въ Германіи въ томъ видѣ, въ какомъ оно преподавалось въ Болонской

---

in Staat und Kirche 1861 стр. 80—81). На это справедливо возражали (Брунсъ въ Ersch und Gruber Encyklopädie LVII стр. 210—212. 218—229), что требованіе, чтобъ отдѣльныя области, на которыя право распространяется, принадлежали къ одному и тому же государству, относится лишь къ общему законодательству, а отнюдь не къ общему обычному праву; что точкой отправленія для послѣдняго служитъ не законодательная власть государства, а общее юридическое убѣжденіе народа; что и до 1806 г. римское право дѣйствовало не въ силу имперской власти. Практическое значеніе этого вопроса заключается въ томъ, возможно ли было со времени распаденія Германской имперіи дальнѣйшее развитіе римскаго права въ качествѣ общаго права, что̀ Вехтеръ отвергаетъ.

[1]) Институціи и пандекты вступили въ законную силу съ 30 декабря 533 г., а § 3.
кодексъ (repetitae praelectionis) съ 29 декабря 534 г. Подробности о содержаніи и распорядкѣ этихъ законодательныхъ сводовъ предполагаются здѣсь извѣстными. Новеллы суть отдѣльные законы, изданные Юстиніаномъ по окончаніи его кодификаціи.

[1a]) Это выраженіе, хотя и ново по употребленію, само по себѣ вполнѣ римское. Ср. l. un. pr. C. de rei uxor. act. 5. 13. „Rem in praesenti non minimam aggredimur, sed in omni paene corpore iuris effusam“...

школѣ [2]); этой же школѣ извѣстно было лишь юстиніановское право.

Но въ Болонской школѣ мало того, что не преподавалось до и послѣ юстиніановское право, но не преподавалось и все юстиніановское. Признакомъ того, что изучалось въ этой школѣ [3]), служатъ глоссы; отсюда старинная юридическая поговорка: quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia [4]). То обстоятельство, что кое-что не глоссировано, объясняется отчасти пробѣлами въ самихъ рукописяхъ глоссаторовъ, отчасти же и тѣмъ, что они считали это кое-что непримѣнимымъ. Къ первой категоріи относятся многочисленныя греческія постановленія кодекса [5]);

---

[2]) Въ болѣе ранній періодъ среднихъ вѣковъ знакомство съ римскимъ правомъ было весьма смутно даже въ тѣхъ странахъ, въ которыхъ примѣненіе его никогда вполнѣ не прекращалось и послѣ паденія западной римской имперіи. Съ конца 11 столѣтія, благодаря найденнымъ истиннымъ законодательнымъ сводамъ Юстиніана, въ Болоньи возобновляется изученіе римскаго права и весьма скоро достигаетъ необыкновенной высоты. Это изученіе продолжалось въ другихъ школахъ, которыя по болонскому образцу основаны были въ Италіи, южной Франціи и Испаніи. Въ этихъ то школахъ выработалась та доктрина, которая распространилась какъ по всей Европѣ, такъ и въ Германіи; установленный въ Болоньи канонъ источниковъ остался для нея всегдашнимъ руководствомъ. Подробности объ этомъ находятся въ классическомъ сочиненіи Савиньи, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, т. III—VII, изд. 2. 1834. 1850. 1851. Ср. также Бэкинга I § 24.

[3]) Глоссы суть объясненія, которыя преподаватель правовѣдѣнія „писалъ на экземплярѣ своего текста съ тѣмъ, чтобы подобно другимъ книгамъ они сохранялись, списывались и распространялись“ (Савиньи в. пр. соч. III стр. 558). Первоначальныя глоссы совершенно вытѣснены были изъ употребленія сборникомъ глоссатора Аккурсія, составленнымъ имъ въ первой половинѣ 13 столѣтія изъ собственныхъ и чужихъ глоссъ. Сборникъ этотъ извѣстенъ подъ названіемъ „Глоссы“ (glossa ordinaria). Савиньи в. пр. с. V стр. 262 — 305.

[4]) Объ этомъ правилѣ и его непрестанномъ нынѣшнемъ примѣненіи см. Озенбрюгена, въ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 9 (1841).—Въ институціяхъ все глоссировано, въ пандектахъ тоже все, за исключеніемъ l. 7 § 5—l. 11 de bon. damnat. 48. 20 и l. 10—19 de interd. et releg. 48. 22 (ср. прим. 5). Не глоссированныя мѣста кодекса (ср. прим. 5) у Бэкинга I Anh. стр. *6, Вангерова I § 6 прим. I, Арндтса § 2 прим. 3; неглоссированныя новеллы въ примѣч. 6 a.

[5]) Греческія постановленія въ Юстиніановомъ кодексѣ составляютъ около 25-й его доли; на западѣ ихъ не списывали, потому что не понимали. Въ послѣдствіи они возстановлены по церковнымъ сборникамъ и греческимъ источникамъ, на сколько возможно было буквально, или по содержанію; это такъ называемые leges restitutæ. Ср. Витте die leges restitutæ des Justinianischen

вслѣдствіе втораго основанія глоссаторы снабдили глоссами лишь 96 [6]) новеллъ изъ бывшихъ у нихъ 134 [6 a]).

Съ другой стороны Болонская школа внесла въ сборникъ Юстиніана нѣчто такое, что первоначально къ нему не относилось, именно такъ-называемыя Authenticae, то-есть выдержки изъ новеллъ и частію изъ законовъ германскихъ императоровъ (Фридриха I и Фридриха II), которыя вставлены были въ измѣнившіяся чрезъ то мѣста кодекса [7]). И они

Codex (1830), Бинера и К. Г. Геймбаха Beiträge zur Revision des Justinianischen Codex (1833).—Греческія мѣста пандектовъ были у глоссаторовъ въ латинскомъ переводѣ (ср. Глюка XXXI стр. 164 и сл., Рудорфа Recht der Vormundschaft II стр. 2—5, Момзена additam. IV къ первому тому его изданія пандектовъ). За то у нихъ не было конца XLVIII. 20. (1. 7 § 5—1. 11) и 22 (1. 10—9); но и этотъ пробѣлъ былъ въ послѣдствіи восполненъ изъ базиликъ.—О новеллахъ въ нижеслѣдующемъ примѣчаніи.—Противъ мнѣнія, что и leges restitutae должны имѣть законную силу, см. Савиньи System I стр. 70—75 и Озенбрюгена, въ цитированномъ въ 4 примѣчаніи журналѣ.

[6]) Юстиніанъ издалъ всего 166 новеллъ, но по большей части на греческомъ языкѣ; въ сборникѣ 134 новеллъ, которымъ обладали глоссаторы, заключались греческія новеллы въ латинскомъ переводѣ. Глоссаторы назвали его Authenticum, а отдѣльныя статьи его Authenticae въ отличіе отъ единственно употреблявшагося до него сборника Юліана, который дѣлаетъ лишь извлеченія изъ новеллъ (отсюда и названіе epitome Juliani). Въ послѣдствіи найденъ былъ и греческій текстъ новеллъ (въ сборникѣ 168 новеллъ, въ которомъ содержатся не одни лишь узаконенія Юстиніана); въ отличіе отъ него и сдѣланныхъ съ него переводовъ текстъ глоссаторовъ названъ (versio) vulgata. Въ случаѣ противорѣчія ихъ при практическомъ примѣненіи слѣдуетъ давать предпочтеніе вульгатѣ, тѣмъ болѣе что ихъ различія основаны не только на разномъ пониманіи, но отчасти и на различіи первоначальнаго греческаго текста или измѣненій глоссаторовъ. Озенбрюгенъ Zeitschr. f. Civ. и Pr. XVII. 11; гл. обр. Синтенисъ I стр. 13. 14, отчасти Вангеровъ I § 6 прим. 2. Пухта § 4. b. За предпочтеніе вульгаты Зейф. Arch. XIX. 103. Подробности о различныхъ сборникахъ, въ которыхъ дошли до насъ новеллы, у Бинера Geschichte der Novellen Justionan's (1824). См. также Бекинга I стр. 66, 67 и Anh. IV.

[6 a]) Не глоссированы: нов. 11. 13. 21. 24—32. 35—37. 40—43. 45. 50. 59 62—65. 68. 75. 87. 101—104. 110. 121. 122. 126. 129. 130. 133. 135—142. 144—158. 160—168.—Другіе считаютъ глоссированными 97 новеллъ на томъ основаніи, что они включаютъ въ это число и 150 нов., которая однако глоссирована не какъ отдѣльная повелла, а какъ извлеченіе 150 новеллы, вошедшее въ 143 нов.

[7]) Это названіе объясняется изъ того выраженія, которымъ глоссаторы обозначали собственно новеллы. См. примѣч. 6. Подобныя же выдержки встрѣчаются впрочемъ въ рукописяхъ и изданіяхъ институцій и въ рукописяхъ новеллъ. Ср. Савиньи Gesch. des. röm. R. im. M. A. III стр. 527—533. IV. стр. 42—62.

были приняты, но не въ качествѣ авторитета по отношенію къ оригиналамъ [8]).

§ 4.

Остается еще сказать нѣсколько словъ объ изданіяхъ Corpus juris [1]). Въ древнихъ изданіяхъ онъ является не цѣликомъ, а лишь частями, а если издаются всѣ его части вмѣстѣ, то не какъ цѣлое [2]). Первое полное изданіе подъ заглавіемъ Corpus juris civilis сдѣлано Діонисіемъ Готофредомъ въ 1583 г. До начала XVI столѣтія всѣ изданія глоссировались, съ началомъ же XVII столѣтія уже не появляется ни одного глоссированнаго изданія. Изъ числа глоссированныхъ особенно распространено было вышеупомянутое изданіе Діонисія Готофреда; будучи часто перепечатываемо, оно легло въ основу столь же часто печатавшихся и перепечатывавшихся изданій Симона фанъ-Леевувена и Фрейеслебена; оно все еще достойно вниманія не столько по своему тексту [3]), сколько по параллельнымъ мѣстамъ, содержащимся въ его примѣчаніяхъ [4]). Новѣйшія изданія суть слѣдующія: 1) Геба-

---

[8]) „Было бы ..... совершенно противно смыслу принятія аутентикъ, основать на нихъ споръ противъ текста новеллъ". Савиньи System I стр. 68. д.

§ 4. [1]) Сдѣланныя здѣсь замѣчанія имѣютъ цѣлью дать лишь возможность ориентироваться въ главномъ. Подробнѣе у Бекинга 1 Anh. V, Эркслебена Einl. in d. röm. Privatr. § 40.

[2]) Главное дѣленіе текста, которое (въ глоссированныхъ изданіяхъ) обыкновенно кладется при этомъ въ основу, слѣдующее. 1. Digestum vetus (— XXIV. 2). 2 Infortiatum (— XXXVIII). 3. Digestum novum (— L). 4. Codex (первыя 9 книгъ кодекса). 5. Volumen или volumen parvum (послѣднія три книги кодекса, новеллъ и институцій). Дѣленіе пандектовъ обусловлено тѣмъ, что глоссаторамъ они извѣстны были лишь въ частяхъ. Ср. Савиньи Gesch. des röm. R. im M. A. III стр. 422—442.

[3]) Достоинъ вниманія тотъ видъ, въ которомъ являются въ немъ новеллы; въ него внесена не вульгата, а сборникъ 168 новеллъ (§ 3 прим. 1), въ латинскомъ переводѣ по изданію Конціуса 1571 г. Переводъ этотъ въ 96 новеллахъ заимствованъ изъ вульгаты, но Конціусъ внесъ въ него нѣкоторыя перемѣны; остальныя новеллы заимствованы изъ другихъ источниковъ. Въ этомъ видѣ новеллы являются во всѣхъ неглоссированныхъ изданіяхъ отъ Конціуса до новѣйшихъ временъ (ср. прим. 7) и въ этомъ видѣ онѣ цитируются еще и по нынѣ У Конціуса же заимствовано употребительное нынѣ дѣленіе на главы.

[4]) Это пособіе для толкованія необходимо особенно рекомендовать вниманію учащихся. Но предлагаемое Готофредомъ можетъ удовлетворить, по меньшей мѣрѣ, на первыхъ порахъ, даже болѣе преуспѣвшихъ.—По указаніямъ книгопродавцевъ (см. также Jahrb. d. gem. Rechts V стр. 408) покойный Келлеръ воз-

уера и (посмертное) Шпангенберга (1776. 1797) [5]); 2) Бека (1825—1836); 3) братьевъ Кригель, кодексъ Германна, новеллы Озенбрюгена (1828—1843) [6]). 4) Предпринятое Шрадеромъ большое изданіе (1832) дальше институцій не пошло. 5) Изданіе пандектовъ, удовлетворяющее всѣмъ требованіямъ критики, предпринято теперь Т. Момзеномъ [7]).

намѣрился составить новое изданіе Corpus Juris, главное достоинство котораго должно было бы заключаться въ образцовомъ собраніи параллельныхъ мѣстъ. Дѣло это онъ не успѣлъ окончить, что составляетъ одну изъ немаловажныхъ потерь, понесенныхъ правовѣдѣніемъ вслѣдствіе смерти этого знаменитаго ученаго и юриста.

[5]) Это изданіе доселѣ высоко цѣнилось именно потому, что въ немъ пандекты перепечатаны съ настоящаго флорентинскаго текста (примѣч. 7); но въ послѣднее время его опередили и въ этомъ отношеніи (примѣч. 7).—Новеллы помѣщены въ немъ не только въ латинскомъ текстѣ Конціуса, но и въ греческомъ текстѣ, и притомъ въ новомъ переводѣ ихъ, сдѣланномъ J. Fr. Hombergk zu Vach,— весьма важное добавленіе, такъ какъ вульгата даже въ рецензіи Конціуса часто непонятна.

[6]) Въ изданіи Кригелей много сдѣлано для кодекса. Какъ Бековское, такъ и Кригелевское изданіе въ новеллахъ выпустило рецензію Конціуса. Въ нихъ помѣщены: 1) въ обоихъ греческій текстъ съ гомберковскимъ переводомъ, который во многомъ исправленъ въ Кригелевскомъ изданіи; 2) къ этому Кригелевское изданіе присовокупило вульгату, а Бекъ liber Authenticarum въ ихъ первоначальномъ порядкѣ, но не съ чистымъ текстомъ вульгаты.

[7]) Теперь вышли въ свѣтъ его первые семь выпусковъ, доходящіе до первой трети 48 книги. Ср. объ этомъ изданіи Рудорфа въ Zeitschr. f. R. Gesch. VI стр. 418 и сл. Болѣе краткое изданіе для постояннаго употребленія, начинающееся съ 1868 г., нынѣ доведено до начала 24 книги. Ср. объ этомъ критику Мейшейдера VJSchr. XII стр. 146 и сл.— Въ этомъ изданіи перепечатанъ, послѣ новаго тщательнаго сличенія, флорентинскій текстъ (lectio Florentina), то есть, текстъ рукописи, составленной въ 7 столѣтіи и хранившейся прежде въ Пизѣ, а нынѣ перенесенной во Флоренцію въ Лаврентьевскую библіотеку; эту рукопись подъ названіемъ вульгатной (lectio vulgata) отличаютъ отъ тѣхъ рукописей, въ которыхъ содержится текстъ, разработанный глоссаторами. Для критики пандектнаго текста очевидно весьма важное значеніе имѣетъ вопросъ, положена ли въ основу этихъ вульгатныхъ рукописей рукопись первоначальная, независящая отъ флорентинскаго манускрипта, или же источникомъ всѣхъ ихъ служитъ флорентинскій манускриптъ. Главнымъ моментомъ для отвѣта на этотъ вопросъ будетъ то, что въ вульгатныхъ рукописяхъ встрѣчается рядъ дополненій флорентинскаго текста, которыя невозможно построить на гипотезѣ (см. Савинья Gesch. d. röm. R. im MA. III стр. 455 и сл., а также Бинера тамъ же VII стр. 82 и сл. и Т. Момзена Jahrb. d. gem. R. V. стр. 416 и сл.). На основаніи этихъ фактовъ Са-

§ 5.

Дальнѣйшіе источники пандектнаго права суть:

1) Каноническое право. Но принятъ лишь т. н. Corpus juris canonici clausum, который состоитъ изъ слѣдующихъ частей: a) Изъ Decretum Gratiani (concordantia discordantium canonum); это частный трудъ монаха средины XII столѣтія, состоящій изъ положеній самого автора, въ подкрѣпленіе къ которымъ приведены мѣста изъ Свящ. Писанія, отцовъ церкви, опредѣленій соборовъ, папскихъ декреталій, римскаго права и французскихъ капитулярій; приняты лишь эти цитаты, но не положенія автора (dicta Gratiani) [1]. b) Изъ составленнаго по повелѣнію Григорія IX въ 1234 г. сборника папскихъ узаконеній (декреталій) [1a]. c) Изъ сборника декреталій Бонифація VIII, т. н. liber sextus, изданнаго въ 1298 г., главнымъ образомъ состоящаго изъ декреталій отъ Григорія IX до Бонифація VIII. d) Изъ такъ-называемыхъ Клементинъ, то-есть, сборника декреталій Климента V, изданнаго въ 1313 г. [2]. Не во-

---

виньи въ в. пр. с., а за нимъ и другіе доселѣ держатся того мнѣнія, что вульгатныя рукописи непремѣнно (цѣликомъ или въ отдѣльныхъ частяхъ) основаны на первоначальной рукописи, не зависящей отъ флорентинской. Напротивъ того, другое мнѣніе, которое нынѣ защищаетъ Т. Момзенъ (ср. его же въ Jahrb. d. gem. R. V. 18) въ предисловіи къ вышеозначенному изданію пандектовъ для digestum vetus, придерживается того, что и родоначальная рукопись вульгатныхъ рукописей есть лишь списокъ съ флорентинской, но что эта родоначальная рукопись была (въ немногихъ мѣстахъ) исправлена и дополнена по другой первоначальной рукописи.

§ 5. [1]) Отдѣльныя мѣста источниковъ, содержащіяся въ Decretum Gratiani, названы canones. Decretum раздѣляется на 3 partes. Первая pars раздѣлена на 101 distinctiones; способъ цитированія: напр. c. 1. Dist. 11. Во второй pars изложены 36 юридическихъ случаевъ (causæ), по поводу каждаго изъ этихъ случаевъ предлагаются вопросы (quæstiones), которые разрѣшаются на основаніи canones. Способъ цитированія: напр. c. 1 c. 13 qu. 2. Лишь 3 quæstio при 33 causa, заключающій въ себѣ tractatus de pœnitentia, дѣлится сперва на 7 distinctiones, а уже эти на canones; способъ цитированія: напр.c. 21 Dist. 3 de pœnitentia: Третья pars въ свой чередъ дѣлится только на (5) distinctiones. Для отличія отъ первой pars ее цитируютъ съ прибавленіемъ consecratione, о которой излагается въ первой distinctio, слѣдовательно, напр. c. 25 Dist. 5 de consecratione.

[1] a) Въ этомъ же качествѣ появились и изданныя папами соборныя опредѣленія.

[2]) Всѣ три сборника декреталій распадаются на 5 книгъ (содержаніе которыхъ въ общихъ чертахъ указываетъ слѣдующій памятный стихъ: iudex, iudicium, clerus, sponsalia, crimen), а книги на титулы; содержащіяся въ титулахъ отдѣльныя мѣста называются capita. Сборникъ Григорія IX означается X, что̀ зна-

шедшія въ эти сборники декреталіи (extravagantes) не входятъ въ составъ Corpus juris canonici clausum и никогда не имѣли общей силы [3]). Но за то еще и теперь важное значеніе для общегражданскаго права (въ особенности для брака) имѣютъ опредѣленія Тридентскаго собора [4]). — Corpus juris canonici изданъ: Бемеромъ (1747) и Рихтеромъ (1833—1839).

2) Германскіе имперскіе законы: постановленія имперскихъ сеймовъ (Reichsabschiede), опредѣленія тѣхъ же сеймовъ (Reichsschlüsse съ 1654 г.), имперскіе уставы (Reichsordnungen) [5]). Сборники см. въ примѣчаніи [6]).

3) Общегерманское обычное право. Оно проявляется (§ 16) частью въ народной жизни, частью же въ практической дѣятельности юристовъ (юридическихъ совѣтахъ, мнѣніяхъ и рѣшеніяхъ) [7]). Важнымъ свидѣтельствомъ въ его пользу служатъ сочи-

---

читъ extra (именно decretum). Сборникъ Бонифація VIII названъ liber sextus потому именно, что онъ считался продолженіемъ прежняго сборника. Способъ цитированія: c. 1 X. de fide instr. 2. 23; c 1 въ VI° de usuris 2. 9; c 1 in Clem. de test. 2. 8, или cl. 1 de test 2. 8.

[3]) Ихъ существуетъ два сборника: a) Extravagantes Joannis XXII. b) Такъ наз. extravagantes communes, отъ Урбана IV до Сикста IV. Рихтеръ Kirchenrecht § 77. 79.

[4]) Которыя однако дѣйствуютъ только въ тѣхъ мѣстахъ (въ тѣхъ приходахъ), гдѣ они обнародованы. Ср. Уиглейна Arch. f. civ. Pr. XIII стр. 127—129.

[5]) Хотя рейнскій союзный актъ во 2 стат. гласилъ: „toute loi de l'Empire germanique, qui a pu jusqu-à prèsent concerner et obliger Leurs Majestès et Leurs Altesses Sérenissimes les Rois et les Princes et le comte dénommés en l'article précedent, leurs sujets et leurs Etats ou parties d'iceux"; но это опредѣленіе имѣло въ виду лишь политическія отношенія, касающіяся германскаго союза, и постоянно примѣнялось правительствомъ и судами исключительно въ этомъ смыслѣ.

[6]) Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede. Frankfurt 1747 IV. фол. Герстлахера Handbuch der deutschen Reichsgesetze in systematischer Ordnung. Karlsruhe 1786—1794. XI. 8. (10 титулъ содержитъ въ себѣ гражданское право). Эммингауса Corpus juris Germanici tam publici quam privati academicum. Jena 1824. 2 изд. 1844. II. 8.

[7]) Consilia, consultationes, responsa, decisiones. Ср. J. C. C. Schröter repertorium iuris consultatorium in præcipuas decisiones et responsa etc. Lips. 1793. 1794. II. 8. Hempel lexicon iuridico-consultatorium. Francof. et Lips. 1751—1756: X. fol. Litt. A—Ed. Гиртаннера Repertorium der deutschen civilistischen Praxis für das gemeine Recht Jena 1855. 8. Указанія особыхъ сборниковъ въ Lipenii Biblioteca realis juridica и въ дополненіяхъ къ ней (§ 12 прим. 1) подъ выше-

ненія, излагающія общегерманское право въ томъ видѣ, какъ оно примѣняется на практикѣ [3]).

III. Значеніе пандектнаго права.

§ 6.

Значеніе пандектнаго права ближайшимъ образомъ состоитъ въ томъ, что оно имѣетъ законную силу въ большой части Германіи при отсутствіи соотвѣтствующихъ мѣстныхъ законоположеній.

Другія и притомъ обширныя области Германіи хотя путемъ территоріальнаго законодательнаго акта изъяты отъ его господства, для нихъ изданы особые кодексы [1]); тѣмъ не менѣе значе-

---

указанными словами; обзоръ у Мауеренбрехера deutsches Privatrecht 2 изд. I стр. 78 и сл., у Вангерова I § 10 a. Для новой практики высшихъ нѣмецкихъ судовъ существуетъ слѣдующій въ высшей степени полезный сборникъ: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland. Издается П. А. Зейфертомъ, съ 9 тома П. А. Зейфертомъ и Е. А. Зейфертомъ, съ 12 тома только послѣднимъ, съ 16 А. Ф. В. Прейсеромъ. Съ 1847 г.; доселѣ вышло 22 тома. 8. Новое изданіе въ форматѣ лексикона, въ одномъ томѣ котораго будетъ заключаться около 5 томовъ перваго изданія, выходитъ съ 1866 г. Особые сборники для новѣйшей практики у Мауеренбрехера в. пр. с. и Тэля Einl. in das deutsch. Privatr. § 21, прим. 9. 12, Пухта § 6 a, прим. e, Безелеръ Deutsch. Privatr. § 42 № IV.

[3]) Для прежняго времени слѣдуетъ указать на труды Шильтера и Штрика подробнѣе означенные въ § 12 подъ A. 5. 6.

§ 6. [1]) Въ Пруссіи, за исключеніемъ немногихъ ея областей не считая вновь пріобрѣтенныхъ, дѣйствуетъ „Allgemeines Landrecht für die Preuszischen Staaten“ (1794) въ Австріи „Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie“ (1811), въ кор. Саксонскомъ „bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen“ (1863. 1865). Кромѣ того въ германскихъ земляхъ на лѣвомъ берегу Рейна въ небольшой части прусскихъ Рейнскихъ провинцій (нѣкогда герцогство Бергъ) дѣйствуетъ французскій кодексъ; въ переводѣ съ добавленіями онъ дѣйствуетъ въ качествѣ „Badisches Landrecht“ въ великомъ герцогствѣ Баденскомъ. Подготовляются новые кодексы въ великомъ герцогствѣ Гессенскомъ (проектъ напечатанъ въ 4 отдѣлахъ, Дармшт. 1842—1853) и въ королевствѣ Баваріи (часть проекта уже отпечатана, Мюнхенъ 1861. 1864). Дрезденскою коммиссіею выработанъ „Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über die Schuldverhältnisse“ (изданъ въ 1864. 1866).—Обнародованный въ 1756 г. для Баваріи „Churbayerisches

ніе пандектнаго права и для этихъ областей едва-ли не таково же. Ибо большая часть заступившихъ его мѣсто кодексовъ содержитъ въ себѣ римское право [2]), то-есть, воззрѣнія редакторовъ этихъ кодексовъ на то, что̀ составляетъ истинное содержаніе римскаго права и что̀ изъ него можетъ быть примѣняемо, такъ что полное знакомство съ римскимъ правомъ и его нынѣшнимъ дѣйствіемъ есть главнѣйшее условіе какъ для правильнаго пониманія этихъ кодексовъ, такъ и для возможности ихъ усовершенствованія.

Но не говоря уже о прежней или нынѣшней законной силѣ римскаго права, оно имѣетъ неоцѣнимое значеніе для всей Европы, даже для всего цивилизованнаго міра [3]). И именно по двумъ причинамъ. Вопервыхъ, потому, что содержаніе его по большой части не основано на особенности римскаго народнаго ума, а есть лишь выраженіе общечеловѣческаго воззрѣнія на общечеловѣческія отношенія, и это выраженіе развивается въ римскомъ правѣ съ такимъ мастерствомъ, до котораго еще доселѣ не могло возвыситься никакое законовѣдѣніе и никакое законодательное искусство; вотъ почему оно имѣетъ непосредственную цѣну повсюду, гдѣ живутъ цивилизованные люди [4]).

Landrecht“ (Codex Maximilianeus) съ одной стороны лишь повторяетъ въ главныхъ чертахъ содержаніе общаго права, но въ другомъ порядкѣ и другимъ языкомъ, а съ другой не исключаетъ вспомогательнаго дѣйствія чужаго права. — По отношенію къ вексельному праву во всѣхъ германскихъ государствахъ дѣйствуетъ нынѣ „die allgemeine deutsche Wechselordnung“ (1847), по отношенію къ торговому праву почти во всѣхъ дѣйствуетъ „allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch“ (1861).

[2]) Это вѣрно даже по отношенію къ французскому кодексу, который какъ произведеніе, вышедшее изъ революціи, по видимому, скорѣе всего долженъ былъ бы разорвать всякую связь съ прежнимъ правомъ. А между тѣмъ именно обязательственное право по большей части есть ничто иное, какъ извлеченіе изъ различныхъ traités Потье.

[3]) Измѣненія, обусловливающія его примѣнимость въ качествѣ общаго права Германіи, при этомъ въ разсчетъ не берутся. Такое значеніе имѣетъ не столько пандектное право, сколько содержащееся въ немъ римское право.

[4]) Главнѣйшимъ образомъ — хотя далеко не исключительно — сюда относятся тѣ законы, посредствомъ которыхъ анализируется содержаніе выраженной воли, этого безъ сравненія важнѣйшаго основанія измѣненій, вносимыхъ въ частныя правоотношенія. Такъ, напримѣръ: что такое содержаніе сдѣлокъ купли и найма? Что значитъ условіе, срокъ?

Вовторыхъ, потому, что совершенно независимо отъ своего содержанія, римское право своею формальною отдѣлкою призвано служить образцомъ и школою юридической мысли и юридическаго творчества. Понятія римскаго права всегда рѣзки и точны и не смотря на то всегда эластичны, всегда готовы открыть доступъ къ себѣ всѣмъ вновь возникающимъ жизненнымъ потребностямъ; римское право всегда ясно и никогда не доходитъ до отвлеченности. Въ то время какъ, съ одной стороны, древне-германскому праву грозила опасность изъ-за богатой разработки подробностей упустить изъ виду логическую между ними связь, а съ другой — германскій умъ легко разбивается о скалу догматической абстракціи: римское право явилось для Германіи спасительнымъ средствомъ умственной дисциплины, которымъ, можно надѣяться, никогда не будутъ пренебрегать [5]).

---

[5]) Съ того времени, какъ развитіе новѣйшей философіи положило предѣлъ безусловному почитанію, которое воздавалось римскому праву, было не мало споровъ о значеніи послѣдняго, да и теперь еще можно встрѣтить въ этомъ отношеніи взгляды, крайне противоположные между собою. Тогда какъ одни все еще продолжаютъ считать римское право правомъ безусловнымъ (Г. Ленцъ über die geschichtliche Entstehung des Rechts 1844), другіе, напротивъ того, доказываютъ, что оно построено на принципіально превратномъ основаніи (К. А. Шмидтъ [изъ Ростока], der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht, 1 [единственный] томъ 1853). Но римское право не заслуживаетъ ни такого восхваленія, ни такого порицанія. Римское право не есть право безусловное; безусловнаго права вообще не существуетъ; въ области права, какъ и во всякой другой области, истина открывается только прогрессивной работѣ человѣческаго ума. Но римское право есть результатъ юридической работы той части человѣчества, на долю которой преимущественно предъ всѣми доселѣ извѣстными историческими народами выпало величайшее обогащеніе культуры права. Римское право не есть само право, точно также какъ греческое искусство не есть само искусство; но умственный капиталъ человѣчества въ такой же мѣрѣ возросъ отъ греческаго искусства, какъ и отъ римскаго права. Ср. § 10 прим. 4. — Чтобы составить себѣ правильное представленіе о достоинствѣ и значеніи римскаго права, слѣдуетъ главнѣйшимъ образомъ познакомиться съ сочиненіемъ Иеринга Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung (1 т. 1852, 2 т. 1854. 1858, 3 т. 1 отд. 1865, 1 т. и 2 т. 1 отд. 2 изд. 1866), направленномъ къ изложенію послѣднихъ и подлинныхъ мыслей римскаго права. Кромѣ того изъ относящихся сюда сочиненій можно указать на К. Д. А Редера Grundgedanken und Bedeutung des römischen und germanischen Rechts (1855); Фр. Гана die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Principien (1856; по формѣ это сочиненіе есть возраженіе на вышеназванное сочиненіе Шмидта).

IV. Литература.

§ 7.

Научная разработка римскаго права со времени своего возрожденія въ Болонской школѣ прошла многоразличныя стадіи. Мы представимъ здѣсь историческій очеркъ ея развитія [1]).

Что касается самой Болонской школы, то главная дѣятельность ея преподавателей какъ на лекціяхъ, такъ и въ сочиненіяхъ отличалась экзегетическимъ характеромъ; вотъ почему они и названы глоссаторами (отъ глоссированія текста). Результатъ ихъ трудовъ еще и теперь заслуживаетъ нашей признательности; такъ какъ они не останавливались исключительно на толкуемыхъ мѣстахъ, а связывали ихъ съ другими мѣстами Corpus juris, относящимися къ тому же предмету, то они значительно облегчили пониманіе источниковъ. Недостатокъ ихъ въ томъ, что они не вносили въ свои изысканія историческаго элемента; они на столько же не знали исторіи, на сколько и не понимали ее; содержаніе римскаго права казалось имъ не результатомъ непрерывнаго, въ теченіе вѣковъ продолжавшагося развитія, а единственно законодательствомъ Юстиніана [2]).

Со второй половины XIII столѣтія прежнее рвеніе, при существованіи того же недостатка, начинаетъ ослабѣвать.

P. 18. 139

---

[1]) Подробности, относящіяся къ періоду времени до конца 15 столѣтія, исчерпывающимъ образомъ изложены въ означенномъ въ § 3 примѣч. 2 сочиненіи Савиньи: Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. За послѣдующее же время нѣтъ удовлетворительной исторіи юридической литературы вообще и римскаго права въ особенности. Сочиненіе Гуго: Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts seit Justinian, oder der juristischen und meist civilistischen gelehrten Geschichte (курсъ гражданскаго права въ 6 томѣ), 3 изд. Berlin 1830, есть скорѣе исторія писателей, чѣмъ науки. Болѣе обстоятельная оцѣнка научнаго характера писателей и ихъ заслугъ сдѣлана въ Haubold institutiones iuris Romani litterariæ, 1 (единственный) томъ. Lipsiae 1809. § 7.

[2]) Ср. Савиньи в. пр. с. V стр. 222—240.—Изъ числа глоссаторовъ, отъ которыхъ начинаются глоссы, мы назовемъ тутъ наиболѣе извѣстныхъ, каковы: Ирнерій основатель школы, въ 1100 г.; Булгаръ, Мартинъ, Якобъ, Гуго, извѣстные подъ названіемъ quatuor doctores, въ срединѣ 12 столѣтія; Рогерій, во второй половинѣ 12 столѣтія; Плацентинъ † 1192; Іоганнъ Бассіанъ, современникъ Плацентина; Пиллій, нѣсколько позднѣе; Ацо † послѣ 1220 г. Гуголинъ † 1233. Ср. Савиньи в. пр. с. т. IV т. V стр. 1—262.

Это обнаруживается въ двухъ отношеніяхъ: во первыхъ, въ злоупотребленіи діалектическими формами, вслѣдствіе чего на мѣсто объясненія сущности предмета ставится безсодержательный формализмъ; во вторыхъ, въ томъ, что обращается вниманіе не на источники, а главнымъ образомъ на то, что сказали о нихъ другіе, именно глоссы; вотъ почему и юристовъ этого періода называютъ комментаторами. Къ этому слѣдуетъ присовокупить несносное многословіе и неумѣніе излагать предметъ, отчего сочиненія того времени почти невозможно читать. Въ такомъ положеніи находилось это дѣло въ теченіе 14 и 15 столѣтій; правда, въ 14 столѣтіи вновь пробудилось изученіе древностей, которое ревностно продолжалось въ теченіе 15 столѣтія, но оно не оказало никакого вліянія на юриспруденцію [3]. [4]).

§ 8.

Лишь въ 16-мъ столѣтіи вошла въ силу лучшая метода. Благодаря тому, что изученіе древностей признано было важнымъ и для юриспруденціи, впервые стало пролагать себѣ дорогу стремленіе уразумѣть духъ римскаго права помощью изслѣдованія его историческаго развитія. Такъ какъ осѣдлость свою это стремленіе имѣло главнымъ образомъ во Франціи, то и говорятъ о фран-

---

§ 8. [3]) Савиньи в. пр. с. V стр. 225—228. 298. 299. 335. 353—356. VI стр. 1—25. По отношенію къ вытѣсненію дѣйствительныхъ источниковъ глоссами замѣчательно извѣстіе комментатора Рафаэля Фульгозіуса († 1427): „Nostis quanta sit auctoritas glossatoris. Nam heri dixit Cynus, glossam timendam propter priscriptam idolatriam per advocatos, significans quod, sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorent glossatores pro evangelistis. Volo enim pro me potius glossatorem quam textum. Nam si allego textum, dicunt advocati adversariæ partis et etiam iudex: credis tu quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intellexit sicut tu?“ (Raf. Fulgosius in 1. Si in solutum C. de oblig. et act., у Heineccius hist. iur. § 417). Это увеличивалось все болѣе и болѣе. Въ одномъ мѣстѣ одного изъ рукописныхъ сочиненій 15 столѣтія (у Савиньи в. пр. с. V. стр. 299 прим. g) сказано: „Scribunt nostri doctores moderni lecturas novas, in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas“. Случалось, что на лекціяхъ въ теченіе цѣлаго года разбиралось всего только 5 мѣстъ Corpus juris, были и такіе преподаватели, которые посвящали по два мѣсяца на толкованіе какого-либо заглавія. G. Panzirolus de claris legum interpretibus II cap. 4.

[4]) Извѣстнѣйшіе (по отношенію къ римскому праву) комментаторы суть: Одофредъ † 1265, Цинусъ 1270—1334, Альберикусъ де Росціате † послѣ 1350, Бартолусъ 1314—1357, Бальдусъ 1327—1400, Язонъ 1435—1519. Ср. Савиньи в. пр. с. т. V во второй половинѣ и т. VI.

цузской школѣ; величайшій изъ ея дѣятелей это Jacobus Cujacius [1]). Но рядомъ съ этимъ историческимъ направленіемъ проводилось уже и систематическое; въ этомъ отношеніи можно поставить вмѣстѣ съ именемъ Куяція не менѣе знаменитое имя Гуго Донеллуса [2]).

Это научное движеніе гораздо менѣе коснулось Германіи, чѣмъ другихъ странъ [3]). Въ то время какъ въ теченіе 17 и 18 столѣтія направленіе французской школы ревностно, хотя и не всегда съ практическимъ смысломъ, проводилось въ Нидерландахъ [4]), въ Германіи, напротивъ того, сама необходимость давно уже заставила обратить особенное вниманіе на то, чтобы приспособить

---

[1]) Jacques Cujas, род. 1522 г. ум. 1590. Его біографія, составленная Berriat-Saint-Prix, приложена къ концу его исторіи римскаго права, на нѣмецкомъ языкѣ Шпангенберга (1822). Полное изданіе его сочиненій с. Fabroti Paris. 1658. X fol., Neap. 1722 sq. XI. f., тамъ же 1757. XI f., Venet. et Mut. 1758 sq. XI f. Сюда же: Dominici Albanensis promptuarium universorum operum Jac. Cuiacii. Neap. 1763. II. f., Mut. 1795. II. f. Ср. Тибо Arch. f. civ. Pr. XIII. 11. 21.

[2]) Hugues Doneau (d'Onneau? ср. Аарона Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio 1 стр. 141 прим. 71), род. 1527 ум. 1591. Его „Commentarii iuris civilis" не составляютъ перваго систематическаго изложенія римскаго права (еще до нихъ появилось такое изложеніе подъ тѣмъ же заглавіемъ Франциска Конануса 1553), но это такого рода сочиненіе, которое и теперь еще заслуживаетъ полнаго вниманія. Сочиненіе это издано вполнѣ лишь послѣ смерти автора его ученикомъ Scipio Gentilis. См. § 12. т. 2. Полное изданіе его сочиненій с. Pellegrini, Lucæ 1762 sq. XII fo [Eyssel Doneau sa vie et ses ouvrages Dijon 1860. (Переведено съ латинскаго М. И. Симонети). Штинцинга Hugo Donellus in Altdorf. Erlangen 1869].—Кромѣ Куяція и Донеллуса могутъ быть здѣсь упомянуты и слѣдующіе представители французской школы: Duarenus 1509—1559, Anton. Contius 1517—1577, Barnab. Brissonius 1531—1591, Dionysius Gothofredus 1549—1622, и его старшій сынъ Jacobus Gothofredus 1587—1652, знаменитый коментаторъ Codex Theodosianus.

[3]) Впрочемъ древнѣйшій изъ извѣстнѣйшихъ нѣмецкихъ юристовъ, Ульрихъ Цазіусъ 1461—1535, принадлежитъ къ основателямъ и руководителямъ новой школы. Ср. вообще Штобба Geschichte der deutschen Rechtsquellen II стр. 22—44, и въ особенности о Цазіусѣ сочиненіе Штинцинга: Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation. 1857. Opera omnia Francof. 1590. 1595. 6 т. и др.

[4]) Изъ представителей голландской школы можно упомянуть здѣсь слѣдующихъ: Арнольда Виніуса 1588 — 1657, Ульр. Губера 1636 — 1694, Іогана Фэта (Voet) 1647—1714, Гер. Ноота 1647—1725, Антона Шультинга 1659 —1734 Ортв. Вестенберга 1667—1737 (родомъ нѣмецъ).

римское право къ примѣненію его въ судахъ. Это стремленіе продолжалось въ теченіи 16, 17 и 18 столѣтій. Писатели этого періода, такъ называемые практики, въ дѣлѣ глубокаго изученія истиннаго духа римскаго права сдѣлали немного, но за то ихъ заслуга и значеніе состоятъ въ томъ, что рядомъ съ римскимъ правомъ они часто проводили туземныя и новѣйшія юридическія воззрѣнія и такимъ образомъ придали римскому праву ту форму, въ которой оно теперь дѣйствуетъ у насъ [5]). Выясненію общихъ понятій и систематическому пониманію римскаго права способствовала новѣйшая философія, которая стала оказывать практическое вліяніе на Германію въ послѣдней четверти XVII столѣтія (въ періодъ такъ называемаго естественнаго права); она не мало также содѣйствовала безпристрастному сужденію о томъ, какое мѣсто должно занять римское право въ Германіи: въ дѣлѣ же болѣе глубокаго пониманія содержанія этого права вліяніе ея было скорѣе неблагопріятно, чѣмъ благопріятно. Германскіе писатели-цивилисты, наиболѣе извѣстные до конца XVIII столѣтія, поименованы въ [6] примѣчаніи.

§ 9.

Съ XVIII на XIX столѣтіе изученіе римскаго права и вообще юриспруденція получаютъ новую жизнь отъ того же самаго обстоятельства, которое вдохнуло въ нихъ новую жизнь еще въ XVI столѣтіи; снова вошло въ свои права историческое изслѣдованіе.

---

[5]) Ср. Брунса въ Jahrb des gem. R. I стр. 90—92.

[6]) Ioach. Mynsinger. † 1588, Andreas Gaill 1526 — 1587, Mathäus Wesembeck 1531 — 1586 (родомъ нидерландецъ), Herm. Vultejus 1555—1634, Ioh. Harpprecht 1560—1639, Christoph Besold 1577—1638, Rein, Bachov von Echt † 1635, Matth. Berlich † 1638, Bened. Carpzov 1595—1666. Ioh. Brunnemann 1608—1672, David Mevius 1609—1670, Wolfg. Ad. Lauterbach 1618—1678, e. Ad. Struve 1619 — 1692, Ioh. Schilter 1632—1705, Sam. Stryk 1640—1701, Christ. Thomasius 1655—1728, I. H. v. Berger 1657—1732, Just. Henn. Böhmer 1674—1749, I. B. v. Wernher 1675—1742, Sam. v. Cocceji 1679—1756, I. G. Heineccius 1681—1741, Augustin v. Leyser 1683—1752, David Ge. Strube 1694—1775, Fr. Es. v. Pufendorf (1707—1785), Ge. Ludw. Böhmer. 1715 — 1797, Ioh. Aug. Hellfeldt 1717—1782, Ioh. Aug. Bach 1721—1758, Ludw. Jul. Fr. Höpfner 1743—1796, Carl Chr. Hofacker 1749 — 1793, Phil. Fr. Weis 1766—1808 учитель Савиньи, Chr. Fr. Glück 1755—1831.

Римское право снова стали разсматривать какъ результатъ многовѣковаго развитія, и въ этомъ-то развитіи стали искать и обрѣли объясненіе истиннаго смысла началъ Corpus juris. Вотъ почему и возникшую въ это время новую школу назвали историческою. Основаніе ея положилъ еще Густавъ Гуго (1764—1844) [1]), величайшій же представитель и общепризнанный глава ея есть Фридрихъ Карлъ фонъ Савиньи (1779—1861) [2]). Отъ исторической школы 15 столѣтія эта новая историческая школа отличается главнымъ образомъ тѣмъ, что она обращала особое вниманіе на строгое разграниченіе понятій и на указаніе систематической связи между отдѣльными положеніями римскаго права. Въ этомъ отношеніи особенно заслуживаетъ быть названнымъ Георгъ Фридрихъ Пухта (1798—1846), замѣчательнѣйшій изъ учениковъ Савиньи [3]).

---

[1]) Ср. Савиньи, der zehente Mai, Zeitschr. f. gesch. RW. IX. 13.

[2]) Савиньи не только формулировалъ программу исторической школы (см. § 10 прим. 1), но еще до этого разработкою одного изъ отдѣльныхъ ученій (ученія о владѣніи 1803, 6 изд. 1836, 7 изд. по смерти автора 1865) преподалъ образецъ для изслѣдованія римскаго права. Кромѣ того главныя сочиненія его суть вышеприведенныя „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“ и „System des heutigen Römischen Rechts, (§ 11). Ср. Шейрля Einige Worte über Friedr. Carl von Savigny, (1850). Арндтса рѣчь въ день празднованія памяти Фридр. Карла Савиньи, произнесенная 31 октября 1861, krit. VJSchr IV стр. 1 и сл. Гейдеманна рѣчь, произнесенная въ день, установленный берлинскимъ юридическимъ обществомъ 29 ноября 1861 г. для празднованія памяти Савиньи, deutsche Gerichtszeitung 1861 № 90. Ихеринга. Friedrich Carl von Savigny, Iahrb. f. Dogm. V. 7 (1861). Штинцинга Friedrich Carl von Savigny (1862). Рудорфа Friedrich Carl von Savigny. Erinnerung an sein Wesen und Wirken. Zeitschr. f. R. Gesch. II стр. 1—69 (1863). Бетмана Гольвега Erinnerung an Friedrich Carl von Savigny als Rechtslehrer, Staatsmann und Christ. Zeitschr. f. R. Gesch VI стр. 42 и сл. (1867).

[3]) Некрологи этого ученаго, слишкомъ рано для нашей науки похищеннаго смертью, составлены Шталемъ и Ветцелемъ и помѣщены въ Beilage zur Augsb. allg. Zeitung 5 февраля 1846 г. и въ krit. Jahrb. der deutschen R. W. 1846. стр. 283 и сл. и въ Губера Ianus 1846 стр. 337 и сл. (оба они перепечатаны также въ изданіи Рудорфа von Puchta's kleinen civil. Schriften). Изъ другихъ писателей, относящихся къ этому направленію и періоду, остается назвать наиболѣе замѣчательныхъ изъ умершихъ; лишь немногіе изъ нихъ были непосредственными учениками Савиньи. Именно: Іог. Фр. Людв. Гешенъ 1778—1837 Арн. Гейзе 1778—1851, І. Хр. Гассе 1779—1830, Эд. Шрадеръ 1779—1860 Альб. Швеппе 1783 — 1829, Христіанъ Фридрихъ Мюленбрухъ 1783 —

Историческое изслѣдованіе римскаго права господствуетъ и теперь. Хотя историческая школа не осталась безъ противниковъ (§ 10), но эти послѣдніе вовсе не касались той истины, что полное уразумѣніе сущности римскаго права, какъ и всякаго вообще положительнаго права, можетъ быть достигнуто лишь путемъ историческаго изслѣдованія. Дѣло у нихъ шло совершенно о другомъ [4]).

§ 10.

Направленіе, противопоставившее себя исторической школѣ съ самаго ея возникновенія и извѣстное подъ именемъ философской школы, спорило съ историческою школой не столько о правильной методѣ изслѣдованія даннаго положительнаго права, сколько о томъ, какимъ образомъ возможно послѣдующее образованіе такого права; историческая школа при этомъ указывала больше на историческое движеніе, а такъ-называемая философская—на автономическое творчество [1]). Сверхъ того изъ среды философской школы указано было еще и на то, что для правовѣдѣнія какъ практической науки историческое изслѣдованіе должно быть лишь средствомъ

1843, Эг. ф. Лэръ 1784 — 1851, Дан. Унтергольцнеръ 1787—1838, К. А. О. Кленце 1795 — 1838, Фр. Людв. (ф.) Келлеръ 1799—1860.

[4]) Ср. S. I. Hingst proeve eener geschiedenis der historische school, 1859. Объ этомъ Виндшейда krit. VJSchr. II стр. 307 — 309. О сочиненіи К. Н. Зейца: das practische Bedürfnisz der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule (1865), см. Беккера krit. VJSchr. VII стр. 464—470.

§. 10: [1]) Эта противоположность со всею рѣзкостью высказалась по случаю предложеннаго Антономъ Фридрихомъ Юстусомъ Тибо (1772 — 1841) вопроса: Не пора ли теперь, послѣ изгнанія французовъ изъ Германіи, свергнуть съ себя также иго чужеземнаго права, составивъ общегерманскій кодексъ? Тибо отвѣтилъ на этотъ вопросъ утвердительно („über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland“ 1814, 3 изд. 1840), между тѣмъ какъ Савиньи въ своемъ знаменитомъ возраженіи: „über den Beruf unserer Zeit zur Rechtswissenschaft und Gesetzgebung“ (1814, вновь изданное 1828. 1840) отказывалъ тому времени въ способностяхъ законодательству, которое въ главныхъ чертахъ должно быть ничѣмъ инымъ какъ редакціею дѣйствующаго права; познать послѣднее— вотъ его задача; улучшенія настоящаго положенія можно ожидать не отъ законодательства, а отъ науки. Въ этомъ сочиненіи содержится истинная программа исторической школы: право не выдѣлывается, а существуетъ и развивается вмѣстѣ съ народомъ. Ср. еще, а также и насчетъ нижеслѣдующаго въ текстѣ, Тибо über die s. g. historische und nicht-historische Schule, Arch. f. civ. Pr. XXI. 16. (1838).

для достиженія цѣли, но не самою цѣлью. И дѣйствительно, нельзя отрицать, что по отношенію къ римскому праву не всѣ представители исторической школы всегда надлежащимъ образомъ сознавали, что ближайшее значеніе имѣетъ для насъ не то, какимъ было римское право въ то или другое время, а то, какимъ образомъ оно должно дѣйствовать у насъ нынѣ [2]).

Другая оппозиція исторической школѣ, возникшая въ послѣдніе годы, спеціально относится къ господству римскаго права въ Германіи. Подобно школѣ естественнаго права, но конечно съ другой точки зрѣнія, она начала съ того, что отрицала справедливость этого господства; было указано, что римское право есть чужое право, что оно по большей части содержитъ въ себѣ мертвый матеріалъ, что чрезъ него незаслуженнымъ образомъ было бы отодвинуто на задній планъ и задерживалось бы развитіе германскаго права [3]). Горячій споръ, возгорѣвшійся по этому поводу между „романистами“ и „германистами“, продолжался не долго; но противоположеніе, отъ котораго отправлялась названная оппозиція, еще доселѣ преобладаетъ въ научномъ изложеніи римскаго права. Ибо, какъ это можно съ увѣренностью утверждать, если между знатоками дѣла нынѣ уже не замѣчается никакого разногласія относительно того, что римское право не должно считаться въ Германіи вторгнувшимся въ нее безъ всякаго основанія, но что и для Германіи и

---

[2]) О „заблужденіяхъ такъ-называемаго историко-юридическаго метода“, говорилъ уже въ 1827 Гассе, Rhein. Museum I стр. 66.

[3]) Здѣсь нужно указать главнымъ образомъ на два сочиненія: И. Ф. Кирульфа Theorie des gemeinen Civilrechts 1 (единственный) т. 1839. и Г. Безелера Volksrecht und Juristenrecht 1843. Кирульфъ требовалъ, чтобы на основаніи нынѣ общепризнанныхъ принциповъ, все равно изъ какого бы они источника ни происходили, создано было новое право, которое заимствовало бы свою обязательную силу не изъ Corpus juris, но наоборотъ само сообщало ему обязательную силу. Безелеръ ухватился за то положеніе, которымъ историческая школа противъ самой себя оправдывала примѣненіе римскаго права въ Германіи, безспорно вышедшее не изъ среды народа—положеніе, что при болѣе развитихъ отношеніяхъ правопроизводящая сила народа переходитъ отъ него къ юристамъ, какъ его естественнымъ представителямъ; Безелеръ утверждалъ, что правосознаніе юристовъ, конечно, можетъ быть истиннымъ выраженіемъ національнаго ума, но не непремѣнно, и что именно правосознаніе германскихъ юристовъ при введеніи въ дѣйствіе римскаго права не было такимъ выраженіемъ. Ср. § 16 и слѣдующее примѣчаніе. Кромѣ Кирульфа и Безелера можно еще указать на Блунчли die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen 1841, 2 изд. 1862.

для всего новѣйшаго міра оно имѣетъ такое же значеніе, какъ и вся античная культура, которой оно есть лишь одна изъ отраслей, что по отношенію къ римскому праву, какъ и по отношенію ко всей античной культурѣ, задача наша состоитъ не въ томъ, чтобъ отвергать и изгонять его, а скорѣе въ томъ, чтобы умственно усвоить его себѣ и по устраненіи изъ него всего противорѣчиваго и неприложимаго превратить это чужеземное право въ наше собственное: то нельзя не признать, что у различныхъ изслѣдователей римскаго права замѣчается различная степень энергіи въ стремленіи къ такому именно онѣмеченію послѣдняго [4]). Что же касается до того, какъ далеко должно про-

---

[4]) Очевидно, что при этомъ не безразлично, какого держатся принципа по отношенію къ возбужденному Безелеромъ вопросу (конецъ предыдущаго примѣчанія). Въ этомъ отношеніи нужно замѣтить слѣдующее. Положеніе, что правосознаніе германскихъ юристовъ при принятіи римскаго права было истиннымъ выраженіемъ національнаго духа, можно понимать двоякимъ образомъ. Съ одной стороны, тутъ можетъ подразумѣваться, что существующее уже въ народѣ сложилось въ умѣ юристовъ въ ясное убѣжденіе, а съ другой, что хотя у народа и не было никакого юридическаго представленія, но что въ умѣ юристовъ образовалось правосознаніе, соотвѣтствующее особому складу и образу жизни именно нѣмецкаго народа, согласное съ его природою. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ смыслѣ нельзя утверждать, что сознаніе германскихъ юристовъ относительно законной силы Corpus juris было національно; въ первомъ смыслѣ потому, что содержаніе Corpus juris было совершенно неизвѣстно большинству германскаго народа; во второмъ потому, что юристы считали обязательными всѣ отдѣльныя законоположенія Corpus juris, не справляясь съ тѣмъ, примѣнимы ли они или нѣтъ. Юристы увлечены были при этомъ нравственнымъ теченіемъ, которое господствовало во все ихъ время, именно пассивною преданностью античной культурѣ, ослѣплявшей своимъ блескомъ. Эта преданность есть историческій фактъ, совершившійся не только въ области права, но и въ другихъ областяхъ; сообразуясь однако съ его результатами, нельзя назвать его фактомъ печальнымъ, ибо онъ безмѣрно увеличилъ умственное достояніе нашего народа; тѣмъ не менѣе по способу осуществленія, его нельзя считать дѣломъ національнымъ. Національнымъ дѣломъ былъ бы онъ тогда, если бы помянутая преданность не была пассивна, еслибъ умъ юристовъ въ принятіи римскаго права оставался бы и въ самомъ способленіи нѣмецкимъ. Но этого не случилось, и въ помянутомъ принятіи онъ оставался чужеземнымъ. Лишь мало по малу сталъ онъ мужать и снова думать о своей національности; юристы приложили свое стараніе къ этому дѣлу, стали пересматривать постановленія Corpus juris, выбрасывать изъ нихъ все чужеродное, а однородному сообщать силу національнаго права, словомъ стали передѣлывать чужеземное римское право въ отечественное. Это развитіе продолжается и теперь, оно далеко еще не окончилось. Нельзя не сознаться, что ему гораздо болѣе способствовало

стираться это стремленіе, то, во избѣжаніе пагубной путаницы, на практикѣ слѣдуетъ держаться того, что римское право должно во всякомъ случаѣ примѣняться въ томъ видѣ, въ какомъ оно содержится въ Corpus juris, пока не будетъ доказано, что тѣ или другія постановленія послѣдняго непримѣнимы либо вслѣдствіе несуществованія тѣхъ отношеній, которыхъ они касаются, либо вслѣдствіе того, что отвергнутъ ихъ основной принципъ, либо оттого, что они противорѣчатъ основному принципу нынѣшняго юридическаго порядка, и наконецъ, либо потому, что они отмѣнены другимъ противоположнымъ имъ источникомъ.

§ 11.

Что касается формы научнаго изложенія, то до 17 столѣтія господствовала экзегетическая метода. Съ этого времени стали преподавать римское право, хотя и въ порядкѣ титуловъ пандектовъ, но такимъ образомъ, что ученіе, содержащееся въ каждомъ титулѣ, излагалось свободно (т. н. легальный порядокъ). Самое полное сочиненіе этого рода и въ тоже время какъ бы завершающее собою научную разработку римскаго права до возникновенія исторической школы, есть сочиненіе Глюка, подробное заглавіе котораго будетъ приведено въ слѣдующемъ параграфѣ. Между тѣмъ появились и систематическія сочиненія, но сначала разрозненно; съ конца прошлаго столѣтія они совершенно вытѣснили пандектный порядокъ. Въ основу ихъ сначала положена была система институцій, въ которую каждое изъ нихъ внесло различныя измѣненія. Употребительный нынѣ и введенный также въ предлагаемый учебникъ порядокъ расположенія матеріала зиждется на томъ же основаніи, которое впервые выставилъ Гуго (Institutionen des heutigen römischen Rechts 1789) и подробнѣе развилъ Гейзе (Grun-

---

воззрѣніе Безелера, породившее сомнѣніе, чѣмъ общепринятое воззрѣніе, которое по меньшей мѣрѣ грозитъ привести къ неумѣстному квіетизму. — Иерингъ Geist des röm R. 2 изд. I § 1 противъ принципа національности права выставляетъ принципъ универсальности; принятіе римскаго права есть, по его мнѣнію, выраженіе этого послѣдняго принципа; народы, думаетъ онъ, должны находиться между собою въ постоянномъ обмѣнѣ идей и дѣйствительно предназначены къ этому обмѣну. Это, конечно, справедливо; но изъ этого не слѣдуетъ, что особенность каждаго народа не должна служить окончательною мѣркою въ вопросѣ о томъ, справедливо ли то или другое считается его правомъ или нѣтъ.

driss eines Systems des gemeinen Civilrechts 1807). Главное произведеніе этого направленія есть „System des heutigen römischen Rechts“ Савиньи, котораго, къ сожалѣнію, окончена лишь не большая часть (§ 12).

§ 12.

Наиболѣе замѣчательныя полныя сочиненія по пандектному праву[1]) суть слѣдующія.

A. По легальному порядку.

1) Mathaei Wesembecii Paratitla in Pandectas iuris civilis. Bas. 1568. 1575 и сл., послѣдній разъ въ Amstel. 1865. 4.

2) Jac. Cuiacii Paratitla in libros quinquaginta Digestorum s. Pandectarum. Lugd. 1570. 12, Paris. 1641. 12.

3) Justi Meieri Argentorantese collegium. Argent. 1657. III. 4.

4) Joh. Schilteri Exercitationes ad Pandectarum libros. Jenae

---

§ 12: [1]) Обзоръ экзегетическихъ работъ см. у Haubold doctrinæ pandectarum lineamenta p. 3 sqq.—Для отысканія разсѣянныхъ въ различныхъ сочиненіяхъ изслѣдованій объ отдѣльныхъ мѣстахъ Corpus juris могутъ служить слѣдующія произведенія: C. Ferd. Hommelii corpus juris civilis cum notis variorum. Lips. 1768. 8. (къ институціямъ и пандектамъ). Ant. Schultingii notæ ad Digesta s. Pandectas ed. Schmallenburg. Lugd. Bat. 1804—1835. VII. 8. Т. Шнимельпфенга Hommel redivivus. Cassel 1858—1859. III. 8. Указанія относительно изслѣдованій отдѣльныхъ предметовъ можно найти въ слѣдующихъ общихъ библіографическихъ трудахъ: Mart. Lipenii Bibliotheca realis iuridica, post F G. Struvii et G. A. Jenichenii curas emendata multis accessionibus aucta et locupletata. Lips. 1757. II. f. Съ дополненіями Шотта 1775, Зенкенберга 1789, Мадина 1817—1830. Рессига Repertorium der in den seit 1790 erschienenen practisch juristischen Sammlungen befindlichen Aufsätze und Fälle. 1802. 8. Эрша Literatur der Jurisprudenz, продол. Конне 1823. 8. Зикеля Repertorium über die 1802—1834 erschienen Sammlungen von juristischen Aufsätzen und Entscheidungen 1835. II. 4. Капплера juristisches Promptuarium. Ein Repertorium über alle in d. J. 1800—1837 erschienen Abhandlungen über die einzelnen Materien aus der gesammten Rechtswissenschaft (за исключеніемъ уголовнаго права). 2 изд. 1837. 8. Шлеттера Handbuch der juristischen und staats wissenschaftlichen Literatur. 1843. 4. Энгельмана Bibliotheca iuridica. 1840. 1848. 8. [Продолженная Вутке 1868]. Вальтера Handlexicon der juristischen Literatur des 19 Jahrh. 1854. 8. Для диссертацій: Vogel lexicon litteraturæ academico-iuridicæ 1836—38. II 8. — Отдѣльные юридическіе предметы въ азбучномъ порядкѣ изложены у Вейске Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten 1836—1861. XVI. 8.

1675—1680. 4. Въ послѣдствіи подъ заглавіемъ: Praxis iuris Romani in foro Germanico II. fol., въ послѣдній разъ въ Francof. 1733.

5) Sam. Strykii Usus modernus Pandectarum. Witenb. 1690—1692. IV. 4, послѣднее въ Hal. 1746—1780 IV. 4.

6) Ulr. Huberi Praelectiones iuris civilis. Lips. 1707. III. 4, послѣднее въ Neap. 1784. III. 4.

7) Wolfg. Ad. Lauterbachii Collegium theoretico-practicum ad quinquaginta Pandectarum libros. Tub. 1690—1711. III. 4., послѣднее (ed. XVI) тамъ же 1784. III. 4.

8) Ge. Ad. Struvii Syntagma iuris civilis secundum ordinem Pandectarum. Francof. et Lips. 1692—1701. III. 4. ed. III тамъ же 1738. III. 4.

9) Jo. Voetii Commentarius ad Pandectas. tom. I Lugd. Bat. 1698. f. tom. II. Hag. Com. 1704 f., Hag. Com. 1707. II. f. и тамъ же чаще, послѣднее въ Hal. 1776—1780 VI. 8.

10) Iust. Henn Boehmeri Introductio in ius Digestorum. Hal. 1704. 8., послѣднее (ed. XIV) тамъ же 1791. 8.

11) Io. Ortw. Westenbergii Principia iuris secundum ordinem Digestorum. Harder. 1712. 8, Lugd. Bat. 1732. 8. и чаще, послѣднее въ Berol. 1814. II. 8.

12) Ger. Noodtii Commentarius in Pandectas, къ первымъ 4 книгамъ. Lugd. Bat. 1716. 4., къ книгѣ 1—27 in Opp. tom. II. Lugd. Bat. 1724 f. и въ позднѣйшихъ изданіяхъ всѣхъ его сочиненій.

13) Io. Gottl. Heineccii Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum. Amst. 1728. 8., послѣднее въ Lips. 1797. 8.

14) Rob. Ios. Pothier Pandectæ Iustinianæ in novum ordinem digestæ. Paris 1748—1752. III, ib. 1820. V. 4.

15) Jo. Aug. Hellfeld Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem proposita. Jen. 1764. 8., послѣднее тамъ же 1806. 8.

16) Христ. Фридр. Глюкъ Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Эрлангенъ 1790—1830. XXXIV. 8. 2 изд. отъ I—III тамъ же 1797—1807. Продолжалъ его Мюленбрухъ т. XXXV—XLIII. Эрл. 1832—1843. Затѣмъ Фейнъ т. XLIV, XLV. Эрл. 1851—1853. (Затѣмъ Арндтсъ т. XLVI. Эрл. 1868—1869.)

17) Jul. Fridr. Malblanc Principia iuris Romani secundum ordinem Digestorum. Tub. 1801—1802. I. II. 1. 2. 8.

B. Систематическія сочиненія.

1) Franc. Connani Commentariorum iuris civilis libri X. Paris 1553. II. f., послѣднее въ Neap. 1724. II. f.

2) Hug. Donellii Commentarii iuris civilis, lib. 1—11. Francof. 1589. 1590. II. f. 1. 12—28 cura Sc. Gentilis. Francof. 1595—1596. III. f. Новое изданіе Кенига, а по его смерти Бухера. Norimb. 1801—1834. XVI. 8. Ср. Аарона Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio I стр. 143—146.

3) Herm. Vulteii Jurisprudentiæ Romanæ a Justiniano compositæ L. II. Marb. 1590. 8., послѣднее тамъ же 1748. II. 8.

4) Ge. Ad. Struvii Jurisprudentia Romano-Germanica forensis. Jen. 1670. 4., послѣднее въ Bamb. 1767. 8.

5) Jean Domat les lois civiles dans leur ordre naturel. Paris 1689—1697. V. 4., послѣднее Paris 1777. II f.

6) Jo. Henr. de Berger Oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodati. Lips. 1712. 4., послѣднее Lips. 1801. 4.

7) Carl Christoph. Hofacker Principia iuris civilis Romono-Germanici. Tub. 1788—1798. III. 8., тамъ же 1800—1803. III. 8.

8) Густ. Гуго Institutionen des heutigen Römischen Rechts. Berlin 1789. 8. Чаще съ измѣненнымъ заглавіемъ, послѣднее (7 изд.) подъ заглавіемъ: Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts. Berlin 1826. 8.

9) Ант. Фридр. Юст. Тибо System des Pandectenrechts. Jena 1803. II. 8., 8 изд. Jena 1834. II. 8, 9 изд., сдѣланное по смерти автора Бухгольцемъ. Jena 1846. II. 8.

10) Готл. Гуфеландъ Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiärischen Civilrechts. Giessen 1808—1814. II. 8.

11) Альбр. Швеппе Das römische Privatrecht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Altona 1814. III. 8., 4 изд. съ 3 тома продолжалъ Мейеръ. Gött. 1828—1834. V. 8.

12) Ферд. Макельдей Lehrbuch des heutigen römischen Rechts Gieszen 1814. 10 изд. тамъ же 1833. II. 8., въ 11 и 12 разъ по смерти автора издано Росгиртомъ Giessen 1837—1842. II. 8., въ 13 и 14 разъ Фрицомъ. Wien 1851. 1862.

13) І. Н. Венингъ-Ингенгеймъ Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. München 1822—1825 III. 8. 5 изд. сдѣлано І. А. Фри-

цомъ. München 1837. 1838. III. 8. Прибавленіе: Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen von I. A. Fritz. Freiburg 1833—1839. II. 8.

14) Chr. Friedr. Mühlenbruch Doctrina Pandectarum. Hal. 1823—1825. III. 8., ed. 4. ib. 1838. III. 8. На нѣмецкомъ подъ заглавіемъ: Lehrbuch des Pandectenrechts. Halle 1835—1836. III. 8. По смерти автора вновь издано Мадаи. Halle 1844. 8.

15) І. А. Зейфертъ Praktisches Pandektenrecht. Würzburg 1825. III. 8. По смерти автора издано въ четвертый разъ Е. А. Зейфертомъ 1 т. въ Вюрцбургѣ 1860, 2 т. 1 отд. 1863 [2 т. 2 отд. 1867].

16) Г. Фр. Пухта Pandekten. Leipzig 1838. Съ 4 изд. издавалось Рудорфомъ, въ 10 разъ въ 1866.

17) И. Ф. К. Гешенъ Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. По оставленнымъ имъ рукописямъ издано Эрклебеномъ. Gött. 1838—1840. III. 8.

18) К. А. Вангеровъ Leitfaden für Pandektenvorlesungen. Marb. 1838—1847. III. 8. 6. передѣланное изданіе подъ загл. Lehrbuch der Pandekten. Marb. 1851—1856. III. 8. Два первые тома въ 7 дополненномъ и исправленномъ изданіи 1863. 1867 [3 томъ 1869].

19) И. Ф. Кирульфъ Theorie des gemeinen Civilrechts. (одинъ томъ). Altona 1839. 8.

20) К. Ф. Росгиртъ Gemeines deutsches Civilrecht. Heidelb. 1840. III. 8.

21) Фридр. Карлъ фонъ Савиньи System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840—1849: VIII. 8. Продолженіе: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechtes. Berlin 1851. 1853. II. 8. (не докончено).

22) Карлъ Фридр. Синтенисъ Das practische gemeine Civilrecht. Leipzig 1844—1851. III. 8. 2 изд. тамъ же 1860—1861. III. 8. [3 изд. тамъ же 1869].

23) Лудв. Арндтъ Lehrbuch der Pandekten. München 1852. 8. 5 изд. тамъ же 1865. 8. [6 изд. тамъ же 1868].

24) Ал. Бринцъ Lehrbuch der Pandekten. 1Abtheil. Erl. 1857. 2 Abth. 1 Hälfte тамъ же 1860. 8. [2 изд. 1 и 2 выпуски 1868. 1869].

25) Фр. Лудв. Келлеръ Pandekten. Лекціи, изданныя докт. Эмилемъ Фридбергомъ по смерти автора. Leipzig 1861. 8. Вновь издано Левисомъ, 1866.

Главнымъ образомъ сборникъ чужихъ мнѣній представляетъ собою слѣдующее сочиненіе:

Руд. ф. Гольцшугеръ Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Ein Handbuch für Praktiker. Leipzig 1843—1854. III. 8. Въ 3 разъ издано послѣ смерти автора Эм. Кунце. Leipzig 1863—1864. III. 8.

Краткій обзоръ пандектнаго права можно найдти въ весьма талантливой и поучительной статьѣ Брунса, пом. въ Encyclopädie der Rechtswissenschaft v. Holtzendorff's. I стр. 249—372 (1869).

Изъ многихъ программъ къ лекціямъ пандектнаго права точными литературными указаніями отличается

Эд. Бэкинга Pandekten-Grundrisz eines Lehrbuchs des gemeinen auf das römische Recht gegründeten Civilrechts. 5 изд. 1861. 8.

Слѣдуетъ далѣе указать на слѣдующее сочиненіе, которое хотя и относится къ чисто римскому праву, но излагаетъ его такъ обширно, что не только достигаетъ размѣра учебниковъ пандектнаго права, но даже превышаетъ его:

Эд. Бэкингъ Institutionen, ein Lehrbuch des römischen Privatrechts. 1 т. Bonn 1843. 8. Второе изданіе подъ заглавіемъ: Pandekten des römischen Privatrechts, oder Institutionen des gemeinen Civilrechts. 1 томъ Bonn 1853. 8. 2 т. 1 вып. Лейпцигъ 1855. 8.

Наконецъ, нельзя пройдти молчаніемъ два сочиненія, которыя хотя имѣютъ цѣлью ближайшимъ образомъ изслѣдованіе мѣстнаго права, тѣмъ не менѣе чрезвычайно важны и для общаго права; первое изъ нихъ должно быть даже причислено къ замѣчательнѣйшимъ явленіямъ въ юридической литературѣ. Это суть:

Карла Георга (фонъ) Вехтера Handbuch des im Königreich Würtemberg geltenden Privatrechts. 2 томъ (въ первомъ содержится исторія вюртембергскаго права). Stuttgart 1842 — 1851. (Къ сожалѣнію, только общая часть!). Сюда же и того же автора: Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Würtembergischen Privatrecht. 3 Hefte. Stuttgart. 1845. 1846. 8.

I. Унгера System des œsterreichischen allgemeinen Privatrechts 1 и 2 томъ, содержащій въ себѣ общую часть, Leipzig 1856. 1859; безъ перемѣнъ издано тамъ же въ 1863 и сл. 6 томъ, содержащій въ сабѣ наслѣдственное право, тамъ же 1864.

§ 12 а.

Остается еще указать на наиболѣе важные для римскаго права журналы (болѣе новые).

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, издав. Савиньи, Эйхгорномъ и Гешеномъ (по смерти послѣдняго его мѣсто занялъ сначала Кленце, а потомъ Рудорфъ). Berlin 1815—1850. 15 т.

Archiv für civilististische Praxis, изд. сначала Генслеромъ, Миттермайеромъ, Швейцеромъ, а въ послѣднее время послѣ различныхъ перемѣнъ, изд. Франке, Линде, Миттермайеромъ, Рено, Вангеровымъ, Аншюцомъ и Фиттингомъ. Heidelberg 1818—1866. 49 т. т. 50—52. 1867—1869.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz, издав. Гассе, въ послѣдствіи вмѣстѣ съ нимъ и послѣ него Блюме, Пухтой, Пугге, Бетманъ-Гольвегомъ, Бэкингомъ, Унтергольцномъ. Bonn 1827—1835. 7 т.

Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, изд. Линде, Марецоллемъ, Веннингъ-Ингенгеймомъ, въ послѣдствіи двумя первыми и Шретеромъ, подъ конецъ Линде и Шульте. Giessen 1827—1865. 20 т. и новое продолженіе (N. F.) т. т. 1—22. Съ 22 т. новаго продолженія ничего больше не появлялось.

Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts, изд. К. и В. Селлемъ. Braunschweig 1841—1846. 3 т.

Archiv für practische Rechtswissenschaft, изд. Эльверсомъ, Шеферомъ, Зейцомъ и Гофманомъ, нынѣ Эммингаусомъ, Гофманомъ, Игерингомъ, Мартиномъ и Зейцомъ. Marb. u. Leipzig, въ послѣдствіи Darmstadt und Leipzig, 1853—1867. 10 т. и новое продолженіе т. 1—4. т. 5. 6. 1868. 1869.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, изд. Гербером и Игерингомъ, потомъ однимъ Игерингомъ. Jena 1857—1866. 8 томовъ т. 9. 10 тетрадь 1. 2. 1868. 1869. Съ 10 т. изд. Игерингомъ и Унгеромъ.

Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, изд Беккеромъ и Мутеромъ, съ 3 тетради 5 т. также и Штоббе. Leipzig 1857—1863. 6 т. Къ сожалѣнію, не продолжается.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, изд. Рудорфомъ, Брунсомъ, Ротомъ, Меркелемъ (†) и Белау. Weimar 1861 — 1869. 8 томовъ.

Критическіе журналы (болѣе новые) суть:

Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, изд. Рихтеромъ, а въ послѣдствіи Рихтеромъ и Шнейдеромъ и подъ конецъ однимъ Шнейдеромъ Leipzig 1837—1848. 24 тома.

Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, изд. Бринкманомъ, Дернбургомъ, Клейншродомъ, Марквардсеномъ, Пагенштехеромъ; Клейншродъ и Пагенштехеръ въ послѣдствіи отказались, а ихъ мѣсто заступили Гилленбрандтъ и Штинцингъ. Heidelberg 1853—1859. 5 томовъ.

Kritische Ueberschau der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, издав. Арндтсомъ, Блунчли и Пецлемъ. München 1853—1859. 6 томовъ.

Оба послѣдніе журнала соединены теперь въ слѣдующій одинъ:

Kritische Vierteljahresschrif für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, изд. Пецлемъ при сотрудничествѣ Арндтса, Блунчли, Дернбурга, Гиллебрандта, Марквардсена, Штинцинга, съ 6 тома Пецлемъ и Беккеромъ. München 1859—1870. 12 томовъ. Съ 10 тома издается Пецлемъ и Виндшейдомъ.

V. Порядокъ изложенія.

§ 13.

Предстоящее изложеніе построено на общепринятомъ нынѣ распорядкѣ матеріала. Распорядокъ этотъ основанъ на слѣдующемъ соображеніи. Все вообще гражданское право имѣетъ дѣло съ двумя предметами; оно должно регулировать: 1) имущественныя отношенія, 2) семейныя отношенія. Слѣдовательно, гражданское право дѣлится главнымъ образомъ на имущественное право и семейное право. Имущественное право имѣетъ своимъ предметомъ: a) вещныя правоотношенія, b) личныя правоотношенія, права требованія или обязательства [1]). Кромѣ того въ составъ имущественнаго права входитъ еще рѣшеніе вопроса, какова должна быть участь имущества умершаго лица; совокупность от-

§ 13. [1]) Ср. § 40—42.

носящихся сюда началъ составляетъ наслѣдственное право [2]). Но, кромѣ юридическихъ положеній о правахъ особаго содержанія, есть также юридическія положенія, относящіяся къ правамъ какъ правамъ, независимо отъ ихъ особаго содержанія. Далѣе существуютъ юридическія положенія, предметъ которыхъ само право или такъ-называемое право въ объективномъ смыслѣ, то-есть, предписанія, на коихъ основаны права. Хотя эти послѣднія правоположенія по природѣ своей относятся не къ гражданскому, а къ публичному праву; тѣмъ не менѣе при полномъ изложеніи гражданскаго права нельзя обойдти ихъ молчаніемъ. — Прежде чѣмъ говорить объ особыхъ правахъ, слѣдуетъ сказать сначала о правѣ и правахъ вообще. Слѣдовательно, порядокъ изложенія будетъ слѣдующій:

I. О правѣ вообще.

---

[2]) Спорятъ о томъ, должна ли система гражданскаго права быть системою правъ или системою правоотношеній, другими словами, что должно быть основаніемъ естественной связи юридическихъ нормъ, содержаніе ли предоставляемыхъ ими правъ или значеніе жизненныхъ отношеній, которыя должны регулироваться юридическими нормами (Пухта Rhein. Museum III стр. 297 и сл. и Institutionen I. § 21. 28 и сл., Шталь Philosophie des Rechts 3 изд. II. 1 стр. 293—300; ср. Шретера krit. Jarhbücher IV. стр. 293, Арндтса тамъ же VII стр. 196 и сл., Синтениса Zeitschr. f. Civ. и Pr. XIX 2). Если допустить, что въ нравственномъ порядкѣ вещей семьѣ должна быть предоставлена самостоятельная задача, то именно потому нельзя не разсматривать касающіяся этого отношенія юридическія нормы какъ естественно единое, въ отличіе отъ юридическихъ нормъ, имѣющихъ своимъ назначеніемъ регулировать волю недѣлимыхъ какъ недѣлимыхъ, а особенное содержаніе сообщаемыхъ этими нормами правъ, независимо оттого, что эта особенность отнюдь не всегда встрѣчается и что, напримѣръ, въ семейно-имущественныхъ правахъ ея совсѣмъ нѣтъ, нельзя не считать дѣломъ второстепеннымъ. Что касается наслѣдственнаго права, то равнымъ образомъ очевидно, что характеристическое отличіе его основано не на особенномъ содержаніи правъ, съ которыми оно имѣетъ дѣло (это можно было бы сказать развѣ по отношенію къ наслѣдству, но ужъ никакъ не по отношенію къ отказу), а на своеобразіи регулируемаго отношенія, на томъ, что дѣло въ немъ идетъ объ имуществѣ умершаго лица. Наконецъ, на простомъ различіи правъ по ихъ содержанію нельзя также построить удовлетворительной системы юридическихъ нормъ, имѣющихъ своимъ предметомъ имущество живаго лица. Ибо по этой точкѣ зрѣнія нельзя было бы систематически расположить отдѣльныя обязательства, а владѣніе, которое отнюдь не есть право на вещь, а лишь юридическое отношеніе къ вещи, пришлось бы, на основаніи этого воззрѣнія, отнести къ обязательственному праву, или къ ученію о давности, или помѣщать въ общей части.

II. О правахъ вообще.
III. Вещное право.
IV. Обязательственное право.
V. Семейное право.
VI. Наслѣдственное право.

Семейное право принято излагать предъ наслѣдственнымъ на томъ основаніи, что семейное право подобно вещному и обязательственному правамъ имѣетъ дѣло съ правоотношеніями лица живаго. Отдѣлы I и II принято соединять въ одинъ подъ названіемъ „общей части“.

КНИГА ПЕРВАЯ.

О ПРАВѢ ВООБЩЕ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

ИСТОЧНИКИ ПРАВА.

I. Законъ.

§ 14.

Законъ есть изреченіе государства о томъ, что то или другое должно считаться правомъ. Вопросъ, кому принадлежитъ власть дѣлать такое изреченіе отъ имени государства, разрѣшается на основаніи мѣстнаго права отдѣльныхъ государствъ [1]). Въ германскихъ монархическихъ государствахъ вся совокупность государственной власти, а слѣдовательно, и законодательная власть принадлежитъ монарху; однако въ большей части этихъ государствъ монархъ при отправленіи этой власти связанъ согласіемъ народнаго представительства, такъ что въ этихъ государствахъ законъ, изданный безъ согласія народнаго представительства, не имѣетъ обязательной силы, и судья не въ правѣ основывать на немъ свои рѣшенія [2]). — Но дабы изреченіе государ-

---

§ 14. [1]) Непримѣнимость римскихъ основоположеній объ edicta, decreta, rescripta въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ существуетъ конституція, понятна сама собою. Когда власть рѣшать присвоена одной лишь волѣ правителя, то нѣтъ надобности выводить обязательность тѣхъ или другихъ постановленныхъ имъ общихъ юридическихъ нормъ изъ римскаго права.

[2]) Противъ этого приводили неудовлетворительные доводы; см. именно: Линде Arch. f. civ. Pr. XVI. 13 (1833), Бишофъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N.

ства дѣйствительно имѣло силу закона, требуется еще, чтобъ оно было надлежащимъ образомъ обнародовано. Вопросъ же о томъ, какъ должно производиться это обнародованіе (публикація), тоже

F. XVI стр. 235 и сл. 385 и сл. XVII стр. 104 и сл. 253 и сл. 448 и сл. XVIII стр. 129 и сл. 302 и сл., 393 и сл. (1859—61, еще не окончено), Мартина der Umfang des Landesherrlichen Prüfungsrechts hinsichtlich des Entstehens gültiger Gesetze und Verordnungen in den constitutionellen deutschen Bundesstaaten Celle 1865. Въ пользу этого правила см. Гнейста Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmässig zu Stande gekommen? Gutachten für den 4 deutschen Juristentag. Berlin 1863 [Г. Планкъ Jahrb. f. ogm. IX. 4. 1868. Въ особенности противъ вышеупомянутаго сочиненія Мартина]. Дальнѣйшая литература по этому предмету подробно указана въ статьяхъ Бишофа, eine Darstellung der Verhandlungen des 3 und 4 deutschen Juristentags über die Frage in der Schrift von Martin. — Отвергая законъ, изданный безъ согласія народнаго представительства, судья не ставитъ себя выше государства, чего онъ ни подъ какимъ видомъ не долженъ дѣлать, а лишь выше воли, которая выдаетъ себя за государственную, не будучи ею на самомъ дѣлѣ. Когда конституція предписываетъ совершать отправленія законодательной власти съ согласія народнаго представительства, то это не значитъ, чтобы законодательная власть не въ правѣ была дѣйствовать безъ него, это значитъ лишь, что она не можетъ дѣйствовать безъ него. Если правительству, какъ, напримѣръ, въ большей части германскихъ государствъ, разрѣшено издавать временно-обязательные законы и безъ согласія народнаго представительства, то такое разрѣшеніе можетъ примѣняться лишь къ тѣмъ законамъ, которые подойдутъ подъ понятіе временныхъ. Судья только тогда не въ правѣ изслѣдовать сообразность изданнаго закона съ конституціею, когда сама конституція запрещаетъ ему это (какъ, напримѣръ, это запрещено прусскою конституціей 1850 г. стат. 106, далѣе ольденбургскою 1852 г. § 141, Вальдека 1852 § 94). Въ частности есть и затрудненія. 1) Долженъ ли судья повѣрять еще полномочіе подавшихъ голоса, форму преній, голосованіе, количество голосовъ и присутствіе требуемаго числа членовъ? Нѣтъ; это „interna corporis“; для судьи достаточно и одного факта согласія народнаго представительства. Гнейстъ стр. 24. 25. 2) Какъ поступать въ томъ случаѣ, когда конституція отмѣнена одною лишь властью, а народное представительство созвано на основаніи октроированной конституціи? „Какъ для гражданъ, такъ и для государственныхъ властей эта сторона вопроса трансцендентальна, — есть дѣло совѣсти“. Гнейстъ стр. 30—32. Иначе отнесся къ этому вопросу Штокмаръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X стр. 18 и сл. стр. 213 и сл. (1853). Онъ утверждаетъ, что вопросъ этотъ разрѣшается положительнымъ правомъ каждаго государства и что изъ общегерманскаго государственнаго права можно вывести развѣ одну лишь презумпцію объ утвердительномъ или отрицательномъ отвѣтѣ на него (но онъ не говоритъ, какой именно, утвердительный или отрицательный). Въ отношеніи практики см. Зейф. Arch. IV. 250, V. 225. Rechtszustand zur Zeit des Reichs: Гнейста стр. 12—19. Englisches Recht: стр. 8—12.

разрѣшается на основаніи нормъ, установленныхъ для того въ каждомъ государствѣ.

Когда возникаетъ споръ о томъ, дѣйствительно ли данный законъ изданъ или надлежащимъ образомъ обнародованъ, то къ такому спору не могутъ примѣняться тѣ правила, которыя обязательны при разрѣшеніи спорнаго обстоятельства въ гражданскомъ процессѣ [3]). Тутъ скорѣе имѣетъ силу правило, что судья ex officio долженъ знать и примѣнять законъ. Конечно, если по сложившимся обстоятельствамъ такого знанія отъ судьи требовать невозможно, то сторона, сославшаяся на законъ, обязана доставить судьѣ необходимыя свѣдѣнія о спорномъ законѣ, если желаетъ, чтобы на немъ основано было рѣшеніе дѣла [4]).

II. Обычное право *).

А. Понятіе обычнаго права и основаніе его обязательной силы.

§ 15.

Подъ обычнымъ правомъ разумѣется то право, которое, не будучи установлено государствомъ, соблюдается фактически. Въ этомъ соблюденіи проявляется убѣжденіе соблюдающихъ, что соблюдаемое ими есть право; это-то убѣжденіе и есть основаніе

---

[3]) Jura novit curia. Слѣдовательно, здѣсь не примѣняется то правило, по которому судья, даже зная объ обязательности оспариваемаго одною изъ тяжущихся сторонъ закона, не въ правѣ былъ бы основать на немъ свое рѣшеніе, пока другая сторона не докажетъ обязательности этого закона, что при разрѣшеніи спорныхъ обстоятельствъ служитъ, какъ извѣстно, основнымъ правиломъ.

[4]) Но этого рода доказательство не подчиняется процессуальнымъ правиламъ о доказательствѣ фактовъ. Савиньи I стр. 187 и сл. Байера Vorträge стр. 682 и сл. Ветцеля Civilproc. § 20 № 2. Ср. ниже § 17 прим. 2. Зейф. Arch. I. 127, IV. 92, VIII. 85, IX. 210. 248. XI. 208, XVIII. 101, [XXI. 90].

*) Г. Фр. Пухта das Gewohnheitsrecht. 2 части (1828. 1837). Савиньи System. § 8 и сл. 18. 25. 27 (1840). Г. Безелеръ Volksrecht und Juristenrecht (1843) Рецензія на это сочиненіе Г. Фр. Пухты въ Jahrb. f. wissensch. Kritik 1844 № 1—4, также особое изданіе, Берлинъ 1844. Возраженіе Безелера, Leipzig. 1844. Бринкмана das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civilprocesz und die Handelsüsancen (единственный) т. (1847). Синтенисъ I § 3. Вехтера II § 9. 10, Унгера I § 5. 6 [сюда же Дворжака Haimerl's österr. VJSchr, VII. стр. 68 и сл.], Безелера deutsch. Privatr. § 29—36.

обязательной силы обычнаго права [1]). Ибо народное сознаніе есть послѣдній источникъ всякаго положительнаго права; какъ для недѣлимыхъ, такъ и для народовъ рѣшительнымъ мѣриломъ вещей служитъ ихъ разумъ [1a]). Но правовое народное сознаніе можетъ установлять право двоякимъ образомъ, посредственно и непосредственно. Посредственно, какъ бы чрезъ полномочіе, оно установляетъ право въ законодательствѣ [1b]). Непосредственно же право установляется имъ именно путемъ соблюденія [2]).

---

§ 15. [1]) Источники выводятъ обязательную силу обычнаго права изъ tacitus consensus, tacita conventio civium или populi, § 9. 11 I de iure. nat. 1. 2, 1. 32 § 1 1. 35. D. de leg. 1. 3, ср. Ulp. § 4. (Остальныя мѣста, въ коихъ признается обязательная сила этого права, суть: 1. 32—34. 36—39 D. de leg. 1. 3. 1. 1 — 3 C. quæ sit longa cons. 8. 53). Прежде, еще до того времени, когда благодаря исторической школѣ стало господствовать болѣе основательное воззрѣніе на возникновеніе права, для возникновенія обычнаго права старались найдти внѣшнюю опору и находили ее главнымъ образомъ (сюда же включалось и понятіе объ автономіи, [§ 19], ср. Безелера deutsc. Privatr § 30 примѣчаніе 3) въ безмолвномъ соизволеніи законодателя. Нынѣ уже немногіе придерживаются этого взгляда (въ числѣ ихъ Кирульфъ стр. 13, Мауренбрехеръ deutsc. Privatr I § 19); самымъ основательнымъ образомъ онъ опровергнутъ Пухтою въ цитированномъ выше сочиненіи.—Противникомъ высказаннаго въ текстѣ воззрѣнія въ новое время выступилъ, но на шаткихъ основаніяхъ, Е. Мейеръ die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861). См. объ этомъ сочиненіи и противъ него Регельсбергера krit. VJSchrift IV стр. 32 и сл.

[1a]) Справедливость этого нисколько не страдаетъ отъ того, что разумъ не только отдѣльныхъ лицъ, но и народовъ можетъ быть плохимъ разумомъ.

[1b]) Ср. объ этомъ Пухта в. пр. с. стр. 142—143. 161—182, Шталь Rechtsphilosophie II. 1 стр. 237. 238.

[2]) Оно установляетъ право путемъ соблюденія. До соблюденія сознаніе это, будучи чисто внутреннимъ, не можетъ идти въ разчетъ; слѣдовательно, до соблюденія право не существуетъ. По мнѣнію Пухты и Савиньи соблюденіе (обычай) есть лишь средство распознаванія существовавшаго уже до него обычнаго права, но противъ этого „спиритуалистическаго“ воззрѣнія справедливо возражали (Шталь Rechtsphilosophie II, 1 стр. 238. 239, Вехтеръ II стр. 33 прим. 9, Синтенисъ в. п. с. прим. 9, Унгеръ в. п. с. стр. 37. 38), что соблюденіе столь же существенно необходимо для возникновенія обычнаго права, какъ для возникновенія законодательнаго права опредѣленіе верховной власти. Значеніе соблюденія можетъ быть даже еще больше; оно можетъ служить основаніемъ для самого правоваго убѣжденія (см. относительно этого Безелера Volksrecht und Juristenrecht стр. 76—79, deutsches Privatr. § 33—35; еще дальше идетъ Кирульфъ § 2 въ началѣ). Это же допускалъ и Савиньи (I стр. 35—37), хотя въ размѣрѣ ограниченномъ, именно для постановленій о частностяхъ и о предметахъ относительно-безразлич-

Вотъ этотъ-то способъ установленія фактически преобладаетъ у всякаго народа на первыхъ порахъ его появленія; болѣе плодотворное законодательство появляется лишь на высшей ступени народнаго развитія. Чѣмъ болѣе развивается законодательство, тѣмъ болѣе оттѣсняетъ оно на задній планъ обычное право; чѣмъ развитѣе становятся отношенія, чѣмъ болѣе растутъ разъединяющія людей индивидуальныя различія, тѣмъ труднѣе становится образованіе юридическаго убѣжденія, обнимающаго весь народъ; обычное право переселяется преимущественно въ болѣе тѣсные народные круги, въ географическіе либо профессіональные [3]), или же принимаетъ посредствующую форму права юристовъ, о чемъ подробнѣе ниже. Такимъ образомъ въ практическомъ отношеніи законодательство есть въ наше время самый важный источникъ права, но по времени своего появленія источникъ этотъ не первый.

B. Условія обычнаго права.

§ 16.

Что именно требуется для возникновенія юридическаго обычая, это можно усмотрѣть изъ вышеизложеннаго. Должно существовать соблюденіе, которое выражало бы собою общее правовое убѣжденіе или всего народа, или той его части, которой приписываютъ этотъ обычай. Въ частности сюда относятся слѣдующіе моменты: 1) соблюденіе не должно вызываться никакими

ныхъ (иначе смотритъ Пухта в. п. с. II стр. 5 и ол.); но въ самомъ существѣ дѣла нѣтъ никакого основанія для такого ограниченія (ср. также Синтениса I § 3 прим. 9. 10). Ибо сила факта, соблюдавшагося въ теченіе долгаго времени, такова, что она подчиняетъ себѣ всякаго человѣка; то, что долго существовало, кажется намъ правомъ уже по тому одному, что оно существовало. Поэтому вопросъ тутъ сводится только къ тому: могутъ ли соблюдаться и другія постановленія, кромѣ указанныхъ Савиньи, безъ предварительнаго убѣжденія въ юридической необходимости соблюдаемаго? По отношенію къ нормальнымъ случаямъ на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣчать отрицательно, но отвѣчать на него безусловно отрицательно—нѣтъ никакого основанія (ср. § 16 прим. 3).

[3]) Въ первомъ случаѣ имѣется мѣстное обычное право, тогда какъ во второмъ случаѣ обычное право, хотя и не соблюдается всѣми членами народа, тѣмъ не менѣе не теряетъ характера всеобщности.—О мѣстномъ обычномъ правѣ есть особая статья Guyet въ Arch. f. civ. Pr. XXXV. 2 (1852). О торговыхъ обычаяхъ см. Гольдшмидта Handbuch des Handelsrechtes I стр. 225—260.

ными мотивами кромѣ убѣжденія въ его правовой необходимости. 2) Оно не должно быть единичное, откуда само собою вытекаетъ дальнѣйшее требованіе, чтобъ оно продолжалось въ теченіе извѣстнаго времени [1]). 3) Оно должно происходить однообразно, то-есть, акты соблюденія не должны уравновѣшиваться актами несоблюденія или актами противоположнаго соблюденія [2]). 4) Убѣжденіе, лежащее въ основѣ соблюденія, должно быть истиннымъ убѣжденіемъ соблюдающихъ, а не основываться на заблужденіи [3]). 5) Что касается до обыкновеннаго требованія,

---

16. [1]) Установить какое-либо постоянное правило о томъ, какъ велико должно быть число актовъ соблюденія, равно какъ и о продолжительности послѣдняго, рѣшительно невозможно. Въ источникахъ требуется longa, inveterata, diuturna, antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo, longaevus usus (1. 32 §. 1. 1. 33. 35 D. de leg. 1. 3, 1—2. 3. C. quae sit longa cons. 8. 53). Глоссаторы думали заимствовать болѣе точное опредѣленіе объ этомъ изъ ученія о давности, и это мнѣніе нашло себѣ законодательное выраженіе въ c. 11 X de consuet. t. 4; c. 3 in VI°, eod. 1. 4, c. 9 in VI° de off. ord. 1. 16, c. 50 X de elect. 1. 6; тутъ говорится, что consuetudo должно быть praescripta, legitime или canonice praescripta. Непримѣнимость этого постановленія въ наше время отнюдь не слѣдуетъ основывать на томъ (какъ это дѣлаютъ нѣкоторые), что по свойству своему оно не относится къ гражданскому праву; ибо правило, что изъ чужеземнаго права могутъ быть приняты лишь постановленія, относящіяся къ гражданскому праву, само по себѣ шатко (§ 2 прим. 2 въ концѣ). Помянутое постановленіе не примѣнимо потому именно, что соблюдаемое правовое убѣжденіе народа не перестаетъ быть правомъ оттого, что это соблюденіе не соотвѣтствуетъ требованію какой-либо юридической нормы. Юридическая норма настолько же не можетъ сдѣлать, чтобы соблюдаемое правовое убѣжденіе не считалось правомъ, насколько оно не можетъ сдѣлать, чтобы подлежащій изданію въ будущемъ (дѣйствительный) законъ не имѣлъ силы закона. Но и независимо отъ этого сама практика вытѣснила изъ употребленія помянутое постановленіе канонического права, ср. Пухта в. п. с. II стр. 101; Зейф. Arch III. 255. 256. 291. 292, XIX. 211. О различныхъ мнѣніяхъ см. Пухта в. п. с. II стр. 97 и сл., Кирульфъ стр. 11, Савиньи I стр. 154.— Впрочемъ, сама природа вещей требуетъ, чтобы время соблюденія было тѣмъ дольше, чѣмъ скорѣе можно принять, что въ данномъ случаѣ возникновеніе правоваго убѣжденія обусловлено соблюденіемъ. См. прим. 3 и Безелера deutsch. Privatr. § 33 въ концѣ.

[2]) Consuetudo tenaciter servata, iugiter observata, 1. 3 C. quae sit longa cons. 8. 53, I, 3 pr. C. de priv. schol. 12. 30. Ср. 1. 34 D. de R. I 50. 17: — „quid ergo si neque regionis mos appareat, quia varius fuit?“ Пухта в. п. с. II стр. 89 и сл.

[3]) Но то, что должно и чего не должно считать заблужденіемъ, слѣдуетъ измѣрять не тою мѣрой, которою мы опредѣляемъ разумность юридическаго обычая, а мѣ-

чтобы содержаніе соблюдаемаго не было безразсудно, то оно можетъ быть принято только подъ двумя условіями: во первыхъ, оно должно относиться къ мѣстнымъ обычаямъ [4]), и во вторыхъ, подъ безразсудностью слѣдуетъ разумѣть не отсутствіе цѣлесообразности, а противорѣчіе основамъ государственнаго и нравственнаго порядка [5]).

Впрочемъ, соблюденіе, посредствомъ котораго осуществляется обычное право, можетъ быть или соблюденіемъ самого народа, устрояющаго свои житейскія отношенія на основаніи извѣстныхъ нормъ, или соблюденіемъ юристовъ, помощью рѣшеній и

рою сознанія самихъ соблюдающихъ этотъ обычай; должно быть очевидно, что если бы имъ поставлено было на видъ то, что намъ кажется заблужденіемъ, то и они признали бы его заблужденіемъ. Далѣе слѣдуетъ замѣтить, что и такого рода ошибочное убѣжденіе съ теченіемъ времени можетъ превратиться въ истинное убѣжденіе, освобождаясь отъ лежащей въ его основѣ причины заблужденія; ибо въ силу естественнаго процесса, позднѣйшія поколѣнія соблюдаютъ такой законъ не вслѣдствіе того ошибочнаго основанія, съ котораго началось его соблюденіе, но лишь потому, что это основаніе забылось и они соблюдаютъ этотъ законъ какъ обычный, и вслѣдствіе того, что онъ обычный, убѣждены въ его справедливости. Но само собою разумѣется, что для достиженія такого результата потребенъ весьма длинный срокъ; изъ того, что первые изъ соблюдающихъ юридическій обычай, основанный на заблужденіи, не сознаютъ его ошибочнаго основанія, нельзя еще выводить, что у нихъ уже образовалось убѣжденіе въ его правомѣрности; для этого недостаточно одного факта соблюденія, а нужно еще, чтобы фактъ этотъ продолжался долбое время. Въ этомъ смыслѣ справедливо говоритъ l. 39 D. de leg. 1. 3: „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet“. Ср. о различномъ пониманіи этого мѣста Пухта в. п. с. I стр. 99 и сл. II стр. 63 и сл., Савиньи I стр. 174 и сл., Синтенисъ I § 3 Прим. 42. 43, Вехтеръ II § 35 прим. 13, Зейф. Arch. I 309.

[4]) На основаніи l. 2 C. quae sit longa cons. 8. 53, Nov. 134 c. 1 i. f, c. 10 11 X de cons. 1. 4.

[5]) Безразсудность въ первомъ смыслѣ этого слова слишкомъ неопредѣленное понятіе, чтобъ оно могло найдти себѣ какое-либо практическое примѣненіе. Общее же обычное право, каково бы ни было его содержаніе, непремѣнно выражаетъ собою разумъ этого народа, а потому и право его. — Что касается мѣстъ, приведенныхъ въ предыдущемъ примѣчаніи, то время, въ которое они были написаны, неблагопріятствовало образованію общаго обычнаго права, и можно допустить, что они имѣютъ въ виду только частные обычаи. Впрочемъ, см. сказанное въ примѣчаніи 1. О различныхъ воззрѣніяхъ ср. Пухта в. п. с. II стр. 49 и сл., Савиньи I стр. 176 и сл., Кирульфъ стр. 13, Е. Мейеръ die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861) стр. 29—31. Зейф. Arch. I 307, X. 2.

мнѣній сообщающихъ примѣнимость извѣстнымъ нормамъ (практика, судебный обычай) [6]). Хотя спеціальное призваніе юристовъ заключается въ изученіи права, но они не перестаютъ быть членами своего народа и причастными живущему въ немъ духу; такъ какъ всю или главную свою дѣятельность они посвящаютъ праву, то правовое сознаніе образуется въ нихъ легче, чѣмъ въ остальныхъ членахъ народа; вслѣдствіе чего въ тѣ времена, когда правопроизводящая сила народа въ цѣломъ составѣ слабѣетъ (§ 15), юристы являются естественными его представителями именно въ этомъ отношеніи. Правда, нельзя не согласиться, что какъ въ отдѣльныхъ сословіяхъ, такъ равно и въ сословіи юристовъ, могутъ проявляться такія нравственныя стремленія, которымъ остальные члены народа или вовсе не сочувствуютъ, или сочувствуютъ лишь отчасти, и что такимъ образомъ у юристовъ можетъ образоваться такое правовое сознаніе, которое болѣе или менѣе чуждо всему народу [7]); но этой опасности, вопервыхъ, противодѣйствуетъ то, что сословіе юристовъ не есть сословіе замкнутое, что никому не возбраняется вступать въ него и что такимъ образомъ оно сохраняетъ непрерывную связь со всѣмъ народомъ. Вовторыхъ, нужно замѣтить, что хотя бы дѣйствительно въ данномъ случаѣ въ сознаніи юристовъ возникло и соблюдалось ими такое право, которое первоначально не имѣло бы корней въ сознаніи всего народа, тѣмъ не менѣе, вслѣдствіе продолжительности его соблюденія, въ самомъ народѣ должно образоваться сознаніе, что и соблюдавшееся въ качествѣ права именно потому, что оно со-

---

[6]) Іорданъ Arch. f. civ. Pr. VIII. 9 (1825). В. Мюллеръ civilistische Abhandlungen № 5 (1833). Пухта в. п. с. I стр. 161 и сл. II стр. 15 и сл., Савиньи I § 14. 19. 20. Вехтеръ Arch. f. civ. Pr. XXIII. (1840). Синтенисъ I стр. 26 и сл. Тэль Einleit. in das deutsch. Privatr. § 54. 55. Безелеръ Volksr. u. Juristenr. гл. 10—12. deutsch. Privatr. I § 34—36. Келлеръ (§ 3) совершенно отвергаетъ судебный обычай какъ источникъ права.

[7]) Этотъ законъ Безелеръ (Volksr. u. Juristenr стр. 71 и сл.) приводилъ противъ прежней исторической школы. Савиньи и Пухта не утверждаютъ, что положеніе, будто правовое сознаніе юристовъ есть вѣрное зеркало народнаго ума, есть отношеніе нормальное, а только что оно не имѣетъ исключеній. Безелеръ отвергаетъ это и на нашъ взглядъ, справедливо; тоже дѣлаетъ и Вехтеръ gem. Recht Deutschlands стр. 114. Этотъ спорный вопросъ уже выше былъ затронутъ и разсмотрѣнъ спеціально по поводу принятія римскаго права въ Германіи, принятія, приведеннаго въ исполненіе юристами. Ср. § 10 прим. 3. 4.

блюдалось, есть тоже право, такъ что оно дотолѣ должно быть признаваемо въ качествѣ обычнаго права, пока не будетъ отмѣнено исходящимъ изъ народа противоположнымъ ему юридическимъ обычаемъ [8]).

C. Распознаваніе обычнаго права *).

§ 17.

Распознается обычное право частью непосредственно изъ актовъ его соблюденія, частью же посредственно изъ достовѣрныхъ свидѣтельскихъ показаній о его существованіи [1]). Акты же со-

---

[8]) Отъ обычнаго права, порожденнаго практикою юристовъ, слѣдуетъ отличать тѣ юридическія начала, которыя выводятся юристами изъ существующихъ уже юридическихъ нормъ съ помощью научнаго анализа (§ 22). Результатъ, полученный юристами этимъ путемъ, отнюдь не составляетъ новаго права; оно существовало уже и прежде, но только теперь разоблачено. Но что касается того, дѣйствительно ли результатъ этотъ есть право, то это зависитъ единственно отъ правильности научнаго пріема юристовъ, провѣрить который имѣетъ полное право каждый новый юристъ и въ особенности судья. (Зейф. Arch. I 210). Впрочемъ, и полученная научнымъ путемъ юридическая норма можетъ съ теченіемъ времени стать дѣйствительнымъ обычнымъ правомъ, если она долго соблюдалась въ качествѣ юридической нормы и если притомъ соблюдающіе не сознавали тѣхъ научныхъ основаній, на которыхъ она впервые построена. Пухта удачно называетъ такое право „научнымъ правомъ“, тогда какъ Савиньи употребляетъ это же выраженіе (научное право и обычное право) для обозначенія права, вытекающаго вообще изъ дѣятельности юристовъ. Это послѣднее понятіе Пухта называетъ „правомъ юристовъ“; но Безелеръ наоборотъ подъ этимъ выраженіемъ разумѣетъ только такое обычное право юристовъ, которое не есть въ тоже время народное право.

*) Пухта в. п. с. II стр. 120 и сл. 151 и сл., Безелеръ Volksrecht und Juristenrecht стр. 108 и сл., Савиньи I § 30.

[1]) Въ l. 34 D. de leg. 1. 3. говорится, что главный источникъ судебнаго признанія обычнаго права есть констатированіе его contradicto iudicio, то-есть посредствомъ приговора, постановленнаго на основаніи состязательнаго разбирательства и вызваннаго имъ разслѣдованія. Такой приговоръ, кромѣ того, что самъ примѣняетъ обычное право, имѣетъ еще силу достовѣрнаго свидѣтельскаго показанія въ пользу этого права. Зейф. Arch. II 1. V 99; ср. также VI. 130. — 106 нов. гласитъ, что существованіе обычнаго права удостовѣряется показаніями свѣдущихъ людей. Ср. Зейф. Arch. I 310, II. 251, VII 290. 345. IX. 202, XIII. 2. 204, XVI. 183.—Schöffenweisthümer. Нѣкоторымъ указаніемъ могутъ служить еще юридическія пословицы; но пользоваться ими нужно осторожно. § 17.

блюденія его въ свою очередь могутъ распознаваться или непосредственно, чрезъ личное ознакомленіе, или посредственно чрезъ достовѣрныя свидѣтельскія показанія. Особыхъ юридическихъ правилъ для распознаванія обычнаго права не существуетъ; судья долженъ составлять себѣ убѣжденіе о существованіи юридическаго обычая съ помощью тѣхъ же принциповъ, на которыхъ строится всякое человѣческое убѣжденіе. Если у судьи нѣтъ въ наличности надлежащихъ средствъ распознаванія, то обязанность доставлять ихъ падаетъ на того, кто сослался на обычное право; но къ доказательству существованія юридическаго обычая точно также не могутъ примѣняться правила гражданскаго судопроизводства о доказательствѣ фактовъ, какъ и къ доказательству существованія закона [2]).

D. Сила обычнаго права *).

§ 18.

Сила обычнаго права такова же, какъ и сила закона. А потому обычное право можетъ не только дополнять существующее право, но и отмѣнять его [1]). Это имѣетъ мѣсто не только въ отношеніяхъ одного обычнаго права къ другому обычному праву, но и въ отношеніяхъ его къ законодательному праву. Только част-

---

[2]) По господствовавшему прежде воззрѣнію, процессуальная сила обычнаго права должна будто бы зависѣть отъ тѣхъ же условій, отъ которыхъ зависитъ и процессуальная сила фактовъ; судья будто бы можетъ основать свое рѣшеніе на обычномъ правѣ лишь при наличности такихъ условій, какія требуются для того, чтобы онъ основалъ свое рѣшеніе на фактѣ. Взглядъ этотъ, благодаря доводамъ Пухты, нынѣ отвергнутъ. Но этимъ еще не исключается обязанность доказывать обычное право. Ср. Вангерова I § 17. прим., Синтениса I стр. 45 и сл. Изъ практики: Зейф. Arch. III. 256, VI. 130, X. 124, XIII. 204. 205, XVIII. 101, XIX. 211. Ср. § 14 прим. 3. 4 и указанные тамъ. Доказательства посредствомъ присяги: Зейф. Arch. VII. 139, X. 4, XVIII. 102.

*) Пухта в. п. с. II стр. 199 и сл. Савиньи I стр. 194 и сл.

§ 18. [1]) L. 32 § 1 D. de leg. 1. 3:—„quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur“. Хотя рѣчь здѣсь идетъ о простой отмѣнѣ закона, а не объ отмѣнѣ его посредствомъ противоположной ему юридической нормы, тѣмъ не менѣе очевидно, что послѣднее имѣетъ такое же разрушительное дѣйствіе на обязательную силу закона, какъ и первое. Примѣненіе desuetudo въ § 7 I de iniur. 4. 4, 1. un. pr. C. de cad. toll. 6. 51, Nov. 89 c. 15.

но-обычное право не въ состояніи отмѣнить никакой общей принудительной, то есть, исключающей индивидуальный произволъ юридической нормы (§ 30), будетъ ли послѣдняя основана на обычномъ правѣ или на законѣ; общую волю можетъ отмѣнять лишь общая воля [2]). Независимо отъ этого случая обязательная сила обычнаго права не уничтожается даже тѣмъ, что законъ прямо объявляетъ его необязательнымъ [3]).

Автономія *) и соотвѣтствующее ей обычное право.

§ 19.

Законодательство, какъ уже замѣчено было въ § 14, есть

---

[2]) I. 26 § 1 C de usur. 4. 32 (ср. I. 1pr. . eod. 22. 1), ограничивая количество процентовъ, прямо запрещаетъ судьѣ принимать въ соображеніе противорѣчащее этому мѣстное обычное право. На мѣстное же обычное право намекаетъ разсмотрѣнная уже выше, но въ другомъ отношеніи l. 2 C. quæ sit longa cons. 8. 53, „Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo, sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.“ Ср. c. 11 X. de consuet. 1. 4. О различныхъ попыткахъ соединить это мѣсто съ мѣстомъ, указаннымъ въ предыдущемъ примѣчаніи, см. Пухта в. п. с. II стр. 203 и слд. и Vorlesungen I Beil. I, Савиньи II Beil II, Вангеровъ I §. 16 прим., krit. LVSchr. VII стр. 133 и слд. Наконецъ, противъ l. 2. cit. можно бы привести еще то (о чемъ уже было замѣчено въ прим, 1 къ §. 16), что никакая юридическая норма не можетъ ослабить силу дѣйствительно существующаго обычнаго права Если даже и самъ законъ не могъ бы этого сдѣлать, то тѣмъ менѣе способно сдѣлать это l. 2 cit., само дѣйствующее на основаніи обычнаго права (ср. слѣд. примѣч.). — Guyet Arch, f. civ. Pr. XXXV стр. 18 и слд. утверждаетъ, что мѣстное обычное право не должно состоять въ противорѣчіи ни съ никакимъ общеправовымъ постановленіемъ, и отсюда хочетъ объяснить l. 2 cit.

[3]) Это необходимо вытекаетъ изъ того воззрѣнія на причину обязательной силы обычнаго права, которое теперь всѣми признано правильнымъ. Конечно, съ этимъ выводомъ далеко не всѣ согласны (Пухта приходитъ къ нему въ Vorles. I стр. 454, но въ Gewohnheitsr. I стр. 210 онъ выражается гораздо неопредѣленнѣе; противъ этого вывода даже Шталь Rechtsphilos. II 1 стр. 238); но я не вижу, какимъ образомъ полагаютъ устранить его. Законъ не можетъ опредѣлять, чтобы право не было правомъ; онъ настолько же не можетъ отмѣнять будущее обычное право, какъ и будущій законъ. Этотъ аргументъ упущенъ изъ виду даже новѣйшимъ писателемъ, который высказался противъ приведеннаго воззрѣнія, именно Регельсбергеромъ krit. VJSchr. IV стр. 328—329, 341—342.

*) Вильда Autonomie въ Weiske's Rechtslexicon I стр. 539 и слд. (1849) Гербера Arch, f. civ. Pr. XXXVII. 2 (1854). Противъ Гербера К. Мауреръ krit. Ueberschau II 8. (1855) и Іолли krit. Ueberschau VI. 16 (1859);

аттрибутъ государства. Но можетъ случиться, что для болѣе тѣснаго круга можетъ установлять юридическія нормы и не государственная воля. Въ этомъ случаѣ говорятъ объ автономіи. Прежде, когда государственныя отношенія были еще въ зародышѣ, такая автономія существовала въ Германіи въ болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ нынѣ. Особенно обращаютъ на себя вниманіе въ этомъ отношеніи общины, автономія которыхъ, если и сохранилась еще въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, то въ весьма сжатомъ видѣ, и во всякомъ случаѣ совершенно изгнана изъ области гражданскаго права [1]). Въ противоположность этому, семейства высшаго дворянства [2]), еще доселѣ пользуются автономіею въ своихъ имущественныхъ и семейныхъ отношеніяхъ [3]). Равнымъ образомъ объ автономіи корпорацій можетъ идти рѣчь лишь въ томъ случаѣ, когда издаваемыя ими постановленія о способѣ внутренней дѣятельности корпорацій обязательны для членовъ этихъ корпорацій даже и тамъ, гдѣ предметомъ ихъ не служитъ доставленіе конкретныхъ правъ [4]). Изданное въ силу автономіи постановленіе называютъ обыкновенно статутомъ.

Ту форму обычнаго права, которая соотвѣтствуетъ автономіи, называютъ обыкновенно Observanz [5]).

противъ нихъ снова Герберъ Jahrb. f, Dogm. III. 6 (1859). Безелеръ deutsch. Privatr. §. 26—28.

§ 19. [1]) Но еще въ 1757 году городъ Ростокъ (не вольный) издалъ для себя собственное городское право. Камицъ Handb. des mecklenb. Civilrechts стр. 39. Ср. Мауреръ в. п. с. стр. 264.

[2]) Гарантировано ему союзнымъ актомъ ст. 14 на основаніи постановленій прежней германской конституціи. Подобными же правами, обезпеченными за прежнимъ имперскимъ рыцарствомъ, слѣдуетъ „пользоваться только согласно предписанію союзныхъ законовъ.“

[3]) Герберъ в. п. с., относительно новѣйшаго права совершенно отвергающій понятіе объ автономіи, какъ объ источникѣ объективныхъ юридическихъ нормъ, считаетъ эти распоряженія высшаго дворянства лишь юридическими сдѣлками, посредствомъ которыхъ могутъ пріобрѣтаться, единственно и то примѣнительно къ дѣйствующему праву, субъективныя правомочія. Возражали Іолли и Мауереръ в. п. с

[4]) Напримѣръ, постановленія о пользованіи правомъ голоса, о пріемѣ новыхъ членовъ.

[5]) Но это выраженіе принимаются и въ другомъ значеніи. Ср. Пухта Gewohnheitsr. II стр. 105 и сл., Савиньи I стр. 98 и сл., Безелеръ deutsches Privatr. § 33. Ср. § 136 прим. 3а.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

ТОЛКОВАНІЕ И НАУЧНОЕ ИЗСЛѢДОВАНІЕ ПРАВА *).

Толкованіе и научное изслѣдованіе права вообще *).

Понятіе толкованія. Научное толкованіе и т. н. легальная интерпретація.

§ 20.

Толкованіе есть изъясненіе содержанія права. Содержаніе это можетъ быть болѣе или менѣе ясно; чѣмъ оно темнѣе, тѣмъ значительнѣе задача толкованія.

Обыкновенно говорятъ только о толкованіи закона. Но это слишкомъ тѣсно; въ толкованіи могутъ нуждаться и постановленія обычнаго права. Конечно, не совсѣмъ въ томъ смыслѣ, какъ законы; по отношенію къ законамъ толкованіе должно рѣшить извѣстную и притомъ ближайшую задачу, которая отпадаетъ въ обычномъ правѣ. Законы суть юридическія нормы, формулированныя въ словахъ; первый вопросъ тутъ въ томъ: какой смыслъ придавалъ законодатель этимъ словамъ? Такого вопроса нельзя предложить по отношенію къ постановленіямъ обычнаго права, ибо право это является не въ формѣ человѣческой рѣчи. Но когда по отношенію къ законамъ установленъ смыслъ, который законодатель придавалъ своимъ словамъ, то возникаетъ новый вопросъ толкованія, — вопросъ, который можетъ возникнуть и по отношенію къ постановленіямъ обычнаго права. Подробнѣе объ этомъ будетъ сказано въ § 22 [1]).

---

*) Тибо Theorie der logischer Auslegung des römischen Rechts (1799. 2 изд. 1806). Гуфеландъ Geist des röm Rechts I 2 стр. 1-205 (1815). Лангъ Beiträge zur Hermeneutik des röm. Rechts (1857). Кируль фъ стр. 18 и сл. Савиньи I. §. 32—51, Вангеровъ I. § 23—25, Вехтеръ II §. 12—14. 23—26, Унгеръ I. §. 10—14, Тэль Einleit. in das deutsche Privatr. §. 55—66.

[1]) Однако, отвѣтъ на этотъ вопросъ иные не относятъ къ толкованію; см. цитир. § 22. Если придерживаться этого воззрѣнія, то толкованіе примѣняется только къ законамъ. § 20.

Толкованіе можетъ производиться либо путемъ свободнаго изслѣдованія, либо посредствомъ юридической нормы. Истиннымъ толкованіемъ можно назвать только первое; второе же есть въ сущности установленіе новаго права съ добавленіемъ предписанія, чтобы установленное новое право считалось содержаніемъ прежней юридической нормы [2]). Какъ бы то ни было, здѣсь слѣдуетъ говорить только о толкованіи перваго рода. Но оно есть не столько наука, которую можно изучить, сколько искусство, которому должно выучиться; теорія можетъ указать только руководящія точки зрѣнія.

Грамматическое и логическое толкованіе. Аналогія (закона).

§ 21.

Толкованіе закона, какъ уже было замѣчено, должно прежде всего опредѣлить смыслъ, который законодатель придавалъ своимъ словамъ. Для этого прежде всего должны быть установлены самыя слова, употребленныя законодателемъ, что составляетъ задачу критики [1]).

При опредѣленіи смысла, который законодатель придавалъ своимъ словамъ, исходною точкой должны служить законы языка; къ этимъ законамъ должно обращаться для опредѣленія смысла словъ, какъ взятыхъ отдѣльно, такъ и въ той связи, въ которой они находятся въ данномъ случаѣ [2]). Толко-

---

[2]) Для обозначенія толкованія посредствомъ юридическаго постановленія чаще употребляется слово интерпретація, чѣмъ толкованіе; обыкновенно говорятъ легальная интерпретація. Смотря потому, относится ли толкуемое постановленіе къ области законодательства или къ области обычнаго права, и легальная интерпретація дѣлится на аутентическую и узуальную. Примѣръ послѣдней см. у Зейф. Arch. XVIII. 203,

§ 21. [1]) Можно пойдти еще дальше и сказать что сначала слѣдуетъ доказать, что самый законъ есть истинный, то есть, что онъ дѣйствительно исходитъ отъ законодателя, которому онъ приписывается. Такое доказываніе тоже называется критикою и притомъ высшею, въ противоположность первой какъ низшей, хотя нѣкоторые соединяютъ съ этими выраженіями другой смыслъ. Ср. Савинья I стр. 242, 246, Ланга в. п. с. стр. 15. 16. — По отношенію къ критикѣ Corpus juris ср. Вангерова 1 § 23 прим.

[2]) Само собою разумѣется, что при этомъ слѣдуетъ принимать въ соображеніе не только общіе законы языка, но также особую манеру выражаться, преобла-

ваніе, основанное на законахъ языка, носитъ названіе грамматическаго.

Но результатъ грамматическаго толкованія можетъ оказаться неудовлетворительнымъ; оно можетъ либо вовсе не дать яснаго смысла, либо предоставить на выборъ нѣсколько разныхъ смысловъ [3]). Въ этомъ случаѣ слѣдуетъ прежде всего обратиться къ остальному безспорному содержанію толкуемаго закона; далѣе, можно извлечь нѣкоторое объясненіе изъ другихъ законовъ того же законодателя или даже различныхъ законодателей, если между этими законами и закономъ толкуемымъ можетъ быть допущена внутренняя связь [4]). Когда же и это средство не приведетъ къ цѣли; то, вообще говоря, остается толкователю только одно: при соображеніи всѣхъ доступныхъ средствъ вдуматься возможно глубже въ мысль законодателя; чѣмъ болѣе онъ въ этомъ успѣетъ, тѣмъ вѣрнѣе онъ въ состояніи будетъ опредѣлить смыслъ употребленныхъ законодателемъ словъ. При этомъ должно обращать особенное вниманіе на слѣдующіе два момента: на состояніе права въ то время, когда былъ изданъ данный законъ, при чемъ предполагается, что состояніе это было извѣстно законодателю, и на цѣль, которой законодатель желалъ достигнуть своимъ закономъ [5]). Наконецъ, нужно еще обращать

давшую въ то время и въ томъ мѣстѣ, откуда начинается данный законъ. Большая часть вышеприведеннаго сочиненія Ланга посвящена именно грамматическому толкованію, примѣненному въ особенности къ Corpus juris.

[3]) Можетъ случиться, что отдѣльное выраженіе будетъ имѣть различный смыслъ. Даже при несомнительности отдѣльныхъ выраженій конструкція ихъ можетъ быть различна.

[4]) L. 26—28 D. de leg. 1. 3. „Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur... Sed et posteriores leges ad priores pertinent...“ Ср. тоже l. 24 D. eod., гдѣ, конечно, говорится только объ исправочномъ толкованіи.

[5]) Законъ не долженъ быть толкуемъ такимъ образомъ, чтобъ отсюда возникло противорѣчіе съ его цѣлью. Напр. l. 6 C. de leg. 1. 14. „Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad læsionem eorum nolumus inventum videri“. Равнымъ образомъ l. 25 D. eod. 1. 3. — Цѣль, которую имѣетъ въ виду законъ, называютъ ratio legis и при этомъ указываютъ на то, что ratio legis должно отличать, съ одной стороны, отъ occasio legis, то есть, отъ повода закона (напр. l. 1. pr. D. de SC° Mac. 14. 6), а съ другой— отъ ratio iuris, то есть, отъ самой мысли или принципа закона. Поводъ имѣетъ для толкованія только мимолетное значеніе; а принципъ есть не столько средство для опредѣленія сомнительнаго смысла словъ, сколько результатъ научнаго изслѣдованія того, что несомнѣнно (§ 22).

вниманіе и на годность самого результата толкованія, насколько можно допустить, что законодатель желалъ высказать скорѣе что-либо важное и сообразное, чѣмъ пустое и неумѣстное [6]). — Если всѣ эти пособія не приведутъ ни къ какому положительному результату, то толкованіе, будучи обязано во чтобы то ни стало добиться какого-нибудь результата, можетъ удовольствоваться и простою вѣроятностью, при чемъ слѣдуетъ держаться правила, выведеннаго изъ дальнѣйшихъ соображеній, что въ случаѣ сомнѣнія должно рѣшать въ пользу меньшаго уклоненія отъ дѣйствующаго права [7]) и въ пользу менѣе строгаго мнѣнія [8]).

Помощью всѣхъ означенныхъ пособій не только выясняется темное выраженіе закона, но и можетъ быть дополнено и исправлено его неполное и невѣрное выраженіе [9]). Невѣрнымъ же оно бываетъ въ трехъ отношеніяхъ: оно можетъ быть или шире того, что законодатель желалъ сказать, или тѣснѣе, или качественно иное. Отсюда и само исправочное толкованіе можетъ быть или ограничительное, или распространительное, или измѣнительное. Что касается измѣнительнаго толкованія, то слѣдуетъ прибавить, что оно, подобно ограничительному и распространительному толкованію, можетъ лишь въ томъ или другомъ отношеніи исправить от-

---

[6]) Сюда относится l. 19 D. de leg. 1. 3. „In ambigua voce legis ea potissimum significatio accipienda est, quae vitio caret...“ Далѣе l. 67 D. de R. I. 50. 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est“.—Оцѣнка предварительныхъ работъ для новѣйшихъ кодексовъ: Гольдшмидта Zeitschr. f. Handelsr. X стр. 40 и сл.

[7]) Ср. l. 35 pr. C. de inoff. test. 3. 28.

[8]) L. 56. l. 168 pr. l. 192 § 1. D. de R. I. 50. 17, l. 18 D. de leg. 1. 3 (Савиньи I. § 36. i.).

[9]) Хотя въ источникахъ и говорится: „in re... dubia melius est verbis edicti servire“ (l. 1 § 20 D. de exerc. act. 14. 1); но говорится также: «scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem», l. 17 D. de leg. l. 3, ср. l. 6. § 1 D. de V. S. 50. 16, l. 13 § 2 D. de excus. 27. 1. Въ прежнія времена нерѣдко утверждали, что, если смыслъ слова несомнѣненъ, всякое толкованіе должно умолкнуть. Это противорѣчитъ не только тому, что высказано въ источникахъ, но и существу дѣла. Слова не мысль, но лишь знаки для мысли, важно не объективное и безусловное ихъ значеніе, а то, которое придавалъ имъ ихъ авторъ, предполагая только, что это значеніе подтверждается обстоятельствами. Всего рѣзче это указалъ Иеринтъ, Geist des röm. Rechts II стр. 470 и сл.

дѣльное выраженіе законодателя; если употребленныя законодателемъ слова не соотвѣтствуютъ тому смыслу, который онъ желалъ выразить, то не только высказанное имъ не имѣетъ силы, потому что онъ не то хотѣлъ сказать, что сказалъ, но не имѣетъ силы и то, что онъ хотѣлъ сказать, потому что онъ этого не сказалъ [10]).

Всякое толкованіе, идущее далѣе результата, найденнаго посредствомъ примѣненія законовъ языка, носитъ названіе логическаго.

§ 22.

Но задача толкованія не ограничивается выясненіемъ того смысла, который законодатель хотѣлъ придать употребленнымъ имъ словамъ; оно должно еще раскрыть мысль законодателя, скрывающуюся за этимъ смысломъ. Можетъ случиться, и дѣйствительно часто случается, что самъ законодатель не вполнѣ уяснилъ себѣ эту мысль, что онъ остановился на такой внѣшней формѣ мысли, которая не вполнѣ соотвѣтствуетъ ея истинному содержанію. Помочь въ этомъ случаѣ законодателю и въ выраженной имъ волѣ раскрыть его истинную волю — такова высочайшая и благороднѣйшая задача толкованія. Этимъ оно отнюдь не расширяетъ своихъ правъ: оно лишь вполнѣ согласуется со смысломъ законодателя и высказываетъ только то, что онъ самъ бы высказалъ, если-бы обратилъ вниманіе на то, что ускользнуло отъ его сознанія. Но и въ этомъ случаѣ толкованіе должно оставаться въ указанныхъ выше границахъ; какъ бы оно ни было способно разузнать истинную мысль законодателя, но признать ее установляющею право оно можетъ лишь въ томъ предположеніи, что въ изданномъ законодателемъ постановленіи можно обрѣсти, если не вполнѣ соотвѣтствующее, то во всякомъ случаѣ общее выраженіе мысли законодателя. Такимъ образомъ и въ этомъ случаѣ главная, если не исключительная, дѣятельность толкованія будетъ состоять въ количественномъ распространеніи и ограниченіи закона [1]).

[10]) Противъ того, что даже и новѣйшіе писатели (напр. Вангеровъ I § 24 прим. № 3) оспариваютъ на этомъ основаніи допускаемость измѣнительнаго толкованія, можно возразить, что, взятое во всей своей рѣзкости, это основаніе исключало бы и распространительное толкованіе; когда законодатель сказалъ менѣе того, что хотѣлъ сказать, то вѣдь большее все-таки не сказано. Это приводитъ къ изложенному въ текстѣ мнѣнію.

[1]) Примѣры см. въ слѣдующемъ примѣчаніи. § 22.

Но не подлежитъ сомнѣнію, что и такая дѣятельность есть истинное толкованіе; и здѣсь точно также изъ-подъ внѣшняго проявленія закона разоблачается существо его; скрытое и связанное наружною оболочкою вскрывается и разлагается на составныя части. Тѣмъ менѣе можно въ этомъ сомнѣваться, что различіе между этою дѣятельностью и дѣятельностью, означенною въ предыдущемъ §, какъ ни твердо оно въ теоріи, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ часто трудно и даже невозможно бываетъ провести, такъ что одна дѣятельность незамѣтно переходитъ въ другую; отвѣтить съ увѣренностію на вопросы: дѣйствительно ли законодатель не сказалъ того, что хотѣлъ сказать, или не мыслилъ того, что хотѣлъ мыслить? весьма часто невозможно [2]). Впрочемъ, по другому мнѣ-

---

[2]) Когда законодатель говоритъ только о мужскомъ родѣ, а не о мужскомъ и женскомъ вмѣстѣ (l. 1. 52. 195 pr. D. de V. S. 50. 16), то можно принять, что онъ не сказалъ того, о чемъ думалъ, такъ напримѣръ, когда императорскій рескриптъ предписываетъ матери filiis tutorem petere, и не прибавляетъ: filiabus (l. 2. § 23. 28. D. ad S. C. Tert. 38. 17). Но слѣдуетъ ли видѣть также ошибочное выраженіе, а не ошибочную мысль въ томъ, что тотъ же рескриптъ упускаетъ распространить свое предписаніе на испрошеніе curator для impubes (§ 29 eod.)? Далѣе, когда им. Маркъ объявляетъ недѣйствительными незасвидѣтельствованныя судебнымъ порядкомъ сдѣлки объ оставляемыхъ кому-либо послѣ смерти алиментахъ, а не сдѣлки, наносящія ущербъ отказопринимателю, что̀ именно онъ имѣлъ въ виду (l. 8 pr. § 6 D. de transact. 2. 15), то считать ли, что онъ неправильно выразился или неправильно думалъ? Повидимому, скорѣе слѣдуетъ принять послѣднее; точно также, когда lex Aelia Sentia запрещаетъ господину заставлять отпускаемаго на волю раба давать клятву въ томъ, что онъ не женится или не станетъ приживать дѣтей, и забываетъ ограничить это запрещеніе рабами, способными къ дѣторожденію (l. 6 § 2. l. 15 D. de iure patr. 37. 14), или когда эдильскій эдиктъ не исключаетъ прямо явной ошибки (l. 1 § 6 D. de aed. ed. 21. 1), или когда им. Каракалла предписываетъ считать даренія между супругами дѣйствительными съ наступленіемъ смерти дарителя, не прибавляя прямо, что тоже самое должно распространяться на всякія даренія, запрещенныя въ бракѣ (l. 32 § 16 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Не подлежитъ сомнѣнію, что им. Маркъ ошибся въ мысли, а не въ выраженіи, когда онъ предписываетъ, чтобы отказывающіеся отъ опекунства, если они живутъ въ городѣ, или на разстояніи 100 миль отъ него, заявляли объ этомъ въ теченіи 50 дней; если же они живутъ дальше, то въ теченіе 30 дней, при чемъ на каждыя 20 миль дается по одному дню, откуда вытекаетъ, что, напримѣръ, живущій на разстояніи 160 миль имѣетъ сроку только 38 дней (l. 13 § 2. D. de excus. 27. 1). Другіе несомнѣнные примѣры толкованія, которое примѣняетъ не смыслъ выраженій, но истинныя мысли, иначе выраженныя въ законѣ, см. въ l. 40 pr. de H. P. 5. 3, l. 27 § 3 D. de R. V. 6. 1, l.

нію, указанная здѣсь дѣятельность не причисляется къ толкованію. Затѣмъ, оставляя при этой дѣятельности безъ вниманія не только измѣненіе, но и ограниченіе мысли законодателя [3]), говорятъ лишь о распространеніи послѣдней [4]) посредствомъ аналогіи [5]), которую опредѣляютъ какъ распространеніе закона въ силу тожества основанія. Подъ основаніемъ же закона разумѣютъ въ этомъ случаѣ именно то, что мы здѣсь назвали истинною мыслью законодателя [6]). Вмѣсто слова основаніе употребляютъ также выраженіе: принципъ закона [7]).

---

1 pr. l. 4 D. si quadrupes 9. 1, l. 19 D. ad exh. 10. 4, l. 54 pr. D. mand. 17 1, l. 64 § 1. D. de R. N. 23. 2. Весьма поучительный примѣръ даетъ также SC. Velleianum. Изъ двухъ его постановленій: необязательно поручительство женщины за другаго и не обязателенъ заемъ, заключенный женщиною для другаго юриспруденція вывела слѣдующій болѣе общій законъ: необязательно не только формальное, но и матеріальное обязательство, заключенное женщиною для другаго. См. обязательственное право (II § 485).—Положеніе, что рѣшительное значеніе должна имѣть не высказанная, а истинная мысль закона, будучи примѣнено къ принудительному закону (§ 30), выражается такъ: подъ законъ подпадаетъ и то, что совершается in fraudem legis, l, 29. 30 D. de leg. 1. 3, l. 5 C. eod. 1. 14.

[3]) Отсюда выходитъ, что въ такомъ случаѣ всякое ограничительное толкованіе, какъ то, что единственно и называютъ толкованіемъ, должно пониматься только какъ исправленіе извѣстнаго слова. Такъ именно смотритъ, напримѣръ, Вангеровъ I § 24 прим. № 3. b. даже на l. 11 § 2 D. de his qui not. 3. 2, которое гласитъ, что запрещеніе женщинѣ вступать въ бракъ до истеченія траурнаго года не должно распространяться на ту женщину, которая родила раньше.

[4]) Объ этомъ случаѣ говорится вообще въ l. 10—12 l. 27 D. de leg. 1. 3.

[5]) Въ отличіе отъ нижеуказываемаго (§ 23) примѣненія аналогіи ее называютъ аналогіею закона.

[6]) Если такимъ образомъ понимать основаніе закона, то и правила, которыми часто злоупотребляли, именно: ubi eadem legis ratio eadem legis dispositio и cessante ratione legis cessat lex ipsa, будутъ столь же справедливы, сколько при всякомъ иномъ пониманіи они будутъ ложны.

[7]) Если распространительное толкованіе (аналогія) возбраняется лишь для даннаго случая, то наоборотъ одно то, что законъ распространяетъ свое предписаніе только на указанный имъ случай, служитъ доказательствомъ, что это предписаніе не имѣетъ силы по отношенію къ другимъ случаямъ,—это извѣстное argumentum a contrario; ср. наприм. l. 18 D. de testib. 22. 5, l. 20 § 5. 6 D. qui test. 28. 1. Но насколько вѣренъ этотъ аргументъ въ примѣненіи къ закону, какъ скоро аналогія дѣйствительно возпрещается, на столько же онъ не вѣренъ въ примѣненіи къ тѣмъ постановленіямъ, которыя имѣютъ въ виду не введеніе новаго права, а лишь констатированіе обязательной силы дѣйствующаго правополо-

Пособія для этого рода толкованія тѣ же самыя, какія упомянуты въ предыдущемъ параграфѣ.

Но очевидно, что этотъ родъ толкованія можетъ быть примѣненъ не только къ законамъ, но и къ положеніямъ обычнаго права. По отношенію къ этимъ положеніямъ можетъ быть также признано, что мысль, какъ она ближайшимъ образомъ сознавалась соблюдавшими, не есть ихъ собственная мысль; раскрытіе же ихъ истинной мысли есть такое же толкованіе обычнаго права, какъ и толкованіе закона.

Пробѣлы и противорѣчія. Аналогія (права).

§ 23.

Доселѣ рѣчь шла о толкованіи отдѣльныхъ правоположеній. Но если эти послѣднія разсматривать не отдѣльно, а какъ составныя части одного юридическаго цѣлаго, то рождается новый вопросъ, какъ поступать, когда въ этомъ цѣломъ окажутся пробѣлы и противорѣчія. Въ сущности задача здѣсь та же; необходимо распознать истинныя мысли юридическаго цѣлаго, какъ прежде необходимо было распознать истинную мысль отдѣльнаго правоположенія.

А потому, прежде всего, восполнять пробѣлы слѣдуетъ не т. н. естественнымъ правомъ, какъ часто прежде учили, то-есть, не апріорно построеннымъ правомъ, которое въ каждомъ данномъ случаѣ содержитъ въ себѣ лишь то, что кажется истиннымъ самимъ строителямъ, а разумомъ самого юридическаго цѣлаго; слѣдуетъ искать такихъ рѣшеній, которыя были бы правильны именно по смыслу этого цѣлаго. Сообразно тому, что здѣсь слѣдуетъ исходить изъ правоположеній, дѣйствительно выраженныхъ въ юридическомъ цѣломъ, и переносить представляющееся въ нихъ специфическое юридическое воззрѣніе на отношеніе, подлежащее опредѣленію, говорятъ и здѣсь объ аналогіи [1]).

женія, каковы, напримѣръ, выдержки изъ сочиненій римскихъ юристовъ, содержащіяся въ нашемъ Corpus juris. Заключеніе, что такъ какъ обязательная сила извѣстнаго юридическаго правила признана только для случая А, а не для случая Б, то слѣдовательно, оно не можетъ распространяться на случай Б,— такое заключеніе предполагаетъ доказаннымъ, что авторъ опредѣленія 1) имѣлъ въ виду случай Б, и 2) что у него былъ поводъ принять его въ соображеніе.

§ 23. [1]) Въ отличіе отъ названной въ предыдущемъ § аналогіи (закона) ее называютъ аналогіею права.

Если въ юридическомъ цѣломъ открывается, повидимому, противорѣчіе, то нужно сначала внимательно изслѣдовать, не мнимое ли оно. Оно будетъ лишь мнимымъ, когда противорѣчащія другъ другу правоположенія не однородны. Таковы правоположенія общаго и мѣстнаго права, позднѣйшія и предыдущія; мѣстныя правоположенія имѣютъ перевѣсъ надъ общими [2]), позднѣйшія надъ предыдущими [3]). Противорѣчіе будетъ только кажущимся и въ томъ случаѣ, когда при болѣе тщательномъ разсмотрѣніи окажется, что предположенія обоихъ правоположеній не вполнѣ тожественны. Но если противорѣчіе вовсе не мнимое (и притомъ не примиримое), и если нельзя также доказать, что истинная мысль законодателя выражается въ одномъ изъ данныхъ правоположеній болѣе, чѣмъ въ другомъ [4]), то слѣдуетъ сказать, что первое имѣетъ такую же силу, какъ и послѣднее; и что слѣдовательно, первое отмѣняетъ послѣднее; а потому должно рѣшать такъ, какъ если бы не было ни того ни другаго.

Научное изслѣдованіе права.

§ 24.

Толкованіе не можетъ быть противополагаемо научному изслѣдованію права; если толкованіе имѣетъ въ виду объясненіе смысла употребленныхъ законодателемъ словъ, то оно есть низшая ступень научнаго изслѣдованія; если же оно направлено къ раскрытію дѣйствительной мысли извѣстнаго правоположенія или юридическаго цѣлаго, то оно есть болѣе высокая его ступень. Но научное изслѣдованіе не ограничено рамками толкованія. Когда толкованіе закончило свое дѣло, то начинается развитіе тѣхъ понятій, которыя содержатся въ добытыхъ посредствомъ него правоположеніяхъ. Съ другой стороны истинная мысль правоположенія состоитъ изъ отдѣльныхъ поня-

---

[2]) То или другое правоположеніе, будучи сравнительно съ другими частнымъ, само можетъ быть общимъ по отношенію къ болѣе частному. Старинная пословица гласитъ: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein (общее для Германіи) Recht (городовое право отмѣняетъ земское, земское право отмѣняетъ общее право).

[3]) L. 4. D. de const. princ. 1 4.

[4]) Ср. § 26 къ прим. 3.

тій, то есть, изъ совокупности элементовъ мысли; эти понятія необходимо разбить на составныя части, необходимо показать содержащіеся въ нихъ элементы. Операцію эту можно совершать болѣе или менѣе обширно; ибо найденные элементы могутъ въ свою очередь состоять изъ совокупности другихъ, болѣе простыхъ элементовъ и т. д. [1]). Новѣйшая юриспруденція обнаруживаетъ рѣшительное стремленіе къ возможно дробному разложенію понятій, и въ этомъ ея заслуга. Ибо отъ исчерпывающаго уразумѣнія понятій, содержащихся въ правоположеніяхъ, зависитъ не только полное пониманіе права, но и вѣрное его примѣненіе. Относительно послѣдняго можно замѣтить еще слѣдующее. Составъ подлежащаго разрѣшенію случая рѣдко соотвѣтствуетъ составу отдѣльнаго правоположенія; обыкновенно различныя части этого состава подходятъ подъ различныя правоположенія. Юридическія послѣдствія, регулируемыя этими правоположеніями, взаимно опредѣляются и перекрещиваются; рѣшеніе есть результатъ вычисленія, факторами котораго служатъ юридическія понятія; итогъ этого вычисленія будетъ тѣмъ вѣрнѣе, чѣмъ прочнѣе достоинство самихъ факторовъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ очевидно, что истинная система правъ, внутренняя связь ихъ опредѣленій можетъ обнаружиться лишь изъ полнаго уразумѣнія юридическихъ понятій.

Эти понятія распадаются на два класса, смотря по тому, имѣютъ ли они своимъ предметомъ фактическія предположенія правъ или же самыя права и то, что о нихъ можетъ быть высказано. Понятіями, предметомъ которыхъ служатъ фактическія предположенія правъ, будутъ, напримѣръ, юридическая сдѣлка, договоръ, завѣщаніе, спецификація, условіе и мн. друг. По отношенію къ правамъ обращаютъ на себя вниманіе: понятіе права вообще, понятіе отдѣльныхъ правъ, составляющееся изъ ихъ характеристическихъ признаковъ (напримѣръ: собственность, узуфруктъ, обязательство, право преди очтительной покупки, право отказа отъ покупки и т. д.), ихъ содержа-

---

§ 24. [1]) Примѣры для сравненія: договоръ купли-продажи есть такой договоръ, посредствомъ котораго вещь уступается за деньги; договоръ есть такая юридическая сдѣлка, которая возникаетъ изъ соглашенія между выраженными волями двухъ (или болѣе) лицъ. — Юридическая сдѣлка есть изъявленіе частнаго лица о томъ, что должно наступить извѣстное юридическое послѣдствіе, — а что такое изъявленіе воли?—Что такое воля?—Что такое соглашеніе?—Что такое вещь?—Что такое уступка?

ніе, ихъ субъектъ (лицо, юридическое лицо), ихъ свойства (дѣлимость и недѣлимость, отчуждаемость и неотчуждаемость, самостоятельность и несамостоятельность и т. д.), возникающій изъ нихъ искъ (осуществленіе, исковая сила, бездѣйствіе права, обусловленная возраженіемъ обязанность), въ особенности же ихъ жизненные моменты (возникновеніе, прекращеніе, видоизмѣненіе; установленіе, уничтоженіе, измѣненіе просто или съ временно пріостановленною силой; полное уничтоженіе или уничтоженіе вслѣдствіе возникшаго возраженія; перемѣна лица, содержанія; юридическое преемство, преемство универсальное, преемство сингулярное и т.д.). Перечисленіе это далеко неполно и служитъ лишь для ориентированія.

Возведеніе правоотношенія къ лежащимъ въ его основаніи понятіямъ называется конструкціею его [2]).

II. Толкованіе пандектнаго права въ особенности.

§ 25.

Говоря о толкованіи пандектнаго права въ особенности, слѣдуетъ прежде всего упомянуть, что Юстиніанъ запретилъ всякое толкованіе на изданныя имъ кодексы [1]); въ сомнительныхъ случаяхъ судья долженъ былъ обращаться къ императору. Но какъ это послѣднее предписаніе нынѣ не находитъ себѣ примѣненія, да и само это запрещеніе никогда не соблюдалось; слѣдовательно, оно отмѣнено общимъ юридическимъ обычаемъ [2]).

---

[2]) Напримѣръ, конструкція реальной повинности (Reallast) будетъ состоять въ указаніи того, что доставляемое имъ право подходитъ подъ понятіе вещнаго или же обязательственнаго права. Возникновеніе собственности вслѣдствіе поднятія выброшенной вещи можетъ быть конструировано помощью доказательства, что въ выбрасываніи выражалась передача или же оставленіе на произволъ судьбы (derelictio). — О конструкціи и вообще сказанное въ текстѣ ср. съ остроумнымъ и глубоко научнымъ изслѣдованіемъ Иеринга Geist des röm. Rechts II стр. 321—414 въ связи съ Jahrb. f. Dogmatik I. 1, изслѣдованіемъ, съ частностями котораго хотя и нельзя вполнѣ согласиться, но которое, будучи въ цѣломъ первою попыткой основанія „техники права“, заслуживаетъ, по нашему мнѣнію, болѣе теплой признательности, чѣмъ съ какою отнесся къ нему Бринцъ въ krit V J Schr. II. 1. § 25.

[1]) L. 12 C. de leg. l. 14, l. 2 §. 21 C. de vet. iure enucl. 1. 17.

[2]) Ср. Савинья I стр. 301—317.

Затѣмъ относительно толкованія юстиніановыхъ сводовъ слѣдуетъ еще замѣтить, что содержащіяся въ нихъ мѣста нуждаются въ двоякомъ толкованіи. Во первыхъ, нужно опредѣлить смыслъ, который придавали имъ ихъ первоначальные авторы; во вторыхъ, нужно обращать вниманіе на то, не измѣнился ли этотъ смыслъ вслѣдствіе внесенія ихъ въ кодификацію Юстиніана [3]). Что касается первоначальнаго смысла отдѣльныхъ мѣстъ Corpus juris, то должно замѣтить, что большая и даже наибольшая часть ихъ сначала не были законами, а лишь свидѣтельствомъ въ пользу существующаго права, каковы, напримѣръ, выдержки изъ сочиненій римскихъ юристовъ и (хотя и не безъ исключенія) императорскіе рескрипты и декреты. Хотя вообще принципы толкованія этихъ свидѣтельствъ тѣже самые, которые изложены выше по отношенію къ толкованію закона; но въ частности допустимы нѣкоторыя отступленія. Такъ, напримѣръ, такъ-называемый argumentum a contrario имѣетъ здѣсь совершенно иное значеніе, чѣмъ для законовъ (§ 22 прим. 7), а при толкованіи рескриптовъ не слѣдуетъ забывать, что нерѣдко въ рескрипты вносились положенія изъ предлагавшихся вопросовъ, при чемъ вовсе не имѣ-

---

[3]) Въ частности здѣсь нужно имѣть въ виду: 1) измѣнившееся правосостояніе, при господствѣ котораго составлена была компиляція Юстиніана. Въ виду этого состоянія многія изъ вошедшихъ въ нее мѣстъ потерпѣли измѣненіе (интерполяціи, т. н. emblemata Triboniani); въ иныхъ случаяхъ принятое, не будучи вовсе измѣнено, получило, однако, другое значеніе, единственно вслѣдствіе своего отношенія къ юридическому состоянію временъ Юстиніана (такъ, напримѣръ, выраженія cessio, in ius vocatio въ устахъ компиляторовъ имѣли совершенно другой смыслъ, чѣмъ въ устахъ древнихъ юристовъ). Нужно имѣть въ виду 2) связь компиляціи. Юстиніанъ придавалъ значеніе самостоятельнаго цѣлаго не только отдѣльнымъ изданнымъ имъ кодексамъ, именно институціямъ, дигестамъ и кодексу, но и всѣмъ имъ вмѣстѣ (§. 26 прим. 2); слѣдовательно, каждое мѣсто должно имѣть только то значеніе, которое вытекаетъ изъ отношенія его къ другимъ мѣстамъ компиляціи. При этомъ не слѣдуетъ также пренебрегать однимъ изъ средствъ толкованія, именно заглавіями титуловъ, подъ которыми помѣщается толкуемое мѣсто, хотя не слѣдуетъ заходить такъ далеко, какъ Ф. К. Шмидтъ (Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher 1855), который силится опредѣлить значеніе каждаго мѣста единственно посредствомъ заглавія титула этого мѣста, такъ что у него общія мѣста имѣютъ спеціальное значеніе, а спеціальныя—общее значеніе, смотря потому, помѣщены ли они въ титулѣ съ спеціальнымъ или общимъ заглавіемъ. Ср. противъ этого Штинцинга Heidelb. krit. Zeitschr. III стр. 56 и сл. Арндтса krit. Ueberschau III стр. 485 и сл.

лось въ виду объявлять эти положенія существенными условіями рѣшенія.

§ 26.

Если въ положеніяхъ, извлеченныхъ изъ различныхъ источниковъ пандектнаго права, встрѣтятся противорѣчія, то предпочтеніе предъ законами государства отдается нынѣшнему обычному праву, а въ предѣлахъ самихъ законовъ послѣдующимъ предъ предыдущими. Законы государства предпочитаются принятымъ чужеземнымъ правамъ, а въ предѣлахъ чужеземныхъ правъ каноническое право предпочитается римскому, если судебная практика не удержала какого-либо противоположнаго римскаго положенія. Въ предѣлахъ источниковъ римскаго права новеллы должны пользоваться преимуществомъ предъ тремя кодексами, то-есть, предъ институціями, дигестами и кодексомъ, такъ какъ новеллы предназначались для измѣненія содержащагося въ послѣднихъ права, и на томъ же основаніи всякая позднѣйшая новелла исключаетъ дѣйствіе предыдущей. Наконецъ, что касается взаимнаго отношенія трехъ названныхъ сборниковъ [1]), то равнымъ значеніемъ пользуются институціи и дигесты, такъ какъ они изданы одновременно. Но и кодексу отнюдь не слѣдуетъ давать предпочтеніе предъ институціями и дигестами, хотя онъ и изданъ годомъ позже ихъ; ибо Юстиніанъ желалъ, чтобы всѣ эти три сборника считались однимъ цѣлымъ [2]). Конечно, въ этомъ цѣломъ можетъ встрѣтиться мѣсто позднѣйшаго происхожденія, исключающее дѣйствіе другаго болѣе ранняго по происхожденію на основаніи отношенія по времени; однако, для этого требуется, во-первыхъ, чтобы позднѣйшее мѣсто дѣйствительно содержало въ себѣ дальнѣйшее развитіе права, и во вторыхъ, чтобы существовали основанія, въ силу которыхъ можно было бы заключать, что

---

[1]) Тибо civilistische Abhandlungen № 6, Леръ Mag. f. RW. u. Gesetzgebung III. 7.

[2]) Ср. Const. Omnem §. 7, Tanta §. 12. 23, Cordi §. 3. Это вытекаетъ также изъ вовсе не справедливаго увѣренія Юстиніана, что въ трехъ его сборникахъ нѣтъ противорѣчій (Const. Tanta §. 15). Если придавать рѣшительное значеніе времени обнародованія кодекса, то пришлось бы принять, что Юстиніанъ сначала отдавалъ предпочтеніе институціямъ и дигестамъ предъ (первымъ) кодексомъ, а затѣмъ послѣднему (въ repetita praelectio, въ главной массѣ тожественному) предъ первыми.

компиляторы желали внести болѣе раннее мѣсто лишь какъ историческій матеріалъ или какъ переходное право, или же что это внесеніе произошло единственно вслѣдствіе поспѣшности и недосмотра [3]). Если съ помощью этихъ правилъ нельзя прійти ни къ какому рѣшенію, то, при наличности дѣйствительнаго противорѣчія [4]), слѣдуетъ придерживаться вышеприведеннаго (§ 23) общаго правила, что одно мѣсто отмѣняетъ другое, и слѣдуетъ рѣшать такъ, какъ будто нѣтъ ни того ни другаго.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

РАЗЛИЧІЯ ВЪ СОДЕРЖАНІИ ПРАВА.

Управомочивающія, объяснительныя и отрицательныя правоположенія *).

§ 27.

Цѣль правоположеній состоитъ вообще въ томъ, чтобъ опредѣлить, какимъ образомъ, на основаніи различныхъ фак-

---

[3]) Не подлежитъ сомнѣнію, что составители преслѣдовали не исключительно догматическія цѣли, хотя онѣ и сильно преобладали у нихъ; самъ Юстиніанъ открыто свидѣтельствуетъ объ этомъ въ институціяхъ. Const. Imperatoriam maiestatem §. 5. Переходящее право: наприм. Nov. 89 c. 7. Недосмотръ: см. напр. § 108 прим. 4, II. § 499 прим. 1. — Примѣръ допускаемаго историческаго соединенія представляетъ въ пандектахъ I. 34. pr. D. mand. 17. 1—l. 15. D. de R. C. 12. 1, примѣръ недопускаемаго l. 41. D. de pign. act. 13. 7 — I. 22. D. de pign. 20. 1.

[4]) Само собою разумѣется, что нужно прежде вникнуть, не окажется ли это противорѣчіе мнимымъ, если различіе между составами обоихъ правоположеній будетъ устранено. При томъ хотя, съ одной стороны, основываясь на извѣстномъ увѣреніи Юстиніана, что при ближайшемъ разсмотрѣніи не найдется ни одного противорѣчія (прим. 2), не слѣдуетъ пугаться и несовсѣмъ убѣдительнаго сближенія, но съ другой стороны необходимо предостеречь отъ стремленія сближать во чтобы то ни стало, — стремленія, вслѣдствіе котораго безплодно потрачено уже много усилій.

*) Лучше всего объ этомъ изложено у Тэля Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 33—36.

тическихъ предположеній, образуются границы господства воли сталкивающихся между собою индивидовъ, по отношенію къ какому именно содержанію воли каждый индивидъ въ правѣ требовать признанія отъ всѣхъ остальныхъ индивидовъ. Но служить этой цѣли правоположенія могутъ различнымъ образомъ, или непосредственно или посредственно. Непосредственно они служатъ ей, соединяя съ извѣстнымъ событіемъ какое либо господство воли, управомочіе; такого рода правоположенія можно назвать управомочивающими. Посредственно: 1) тѣмъ, что они подробнѣе опредѣляютъ то, что установлено управомочивающими правоположеніями; 2) тѣмъ, что они объявляютъ извѣстное событіе неспособнымъ доставить извѣстное право, хотя само по себѣ оно и въ состояніи породить такое право. Первыя изъ этихъ правоположеній называются объяснительными (begriffsentwickelnde), а вторыя отрицательными (verneinende). Въ свою очередь управомочивающія правоположенія могутъ имѣть различную форму: они обращаются или къ самому управомоченному, что-либо дозволяя ему, или же къ одному или нѣсколькимъ противостоящимъ управомоченному, что-либо повелѣвая или запрещая ему (имъ). [1])

Строгое и справедливое право.

§ 28.

Справедливымъ называется то право, которое сообразуется съ фактическими отношеніями, то-есть, такое право, въ которомъ

---

[1]) Примѣры. 1) Управомочивающія правоположенія. a) Залогодержатель имѣетъ право удерживать вещь у себя до полученія удовлетворенія. b) Владѣлецъ вещи, отнятой у прежняго ея собственника посредствомъ насилія, обязанъ выдать ее послѣднему. c) Никто не въ правѣ допускать, чтобъ его деревья, растущія на сосѣдней межѣ, переросли опредѣленную высоту. 2) Объяснительное правоположеніе. Завѣщаніе должно быть составлено въ присутствіи 7 свидѣтелей. 3) Отрицательное правоположеніе. Проигрышъ (обѣщанное по договору игры) можно не уплачивать. — О возбранительныхъ правоположеніяхъ часто и даже обыкновенно говорятъ еще въ другомъ смыслѣ. 1) Въ томъ смыслѣ, въ какомъ здѣсь было говорено объ отрицательныхъ правоположеніяхъ; говорятъ, напримѣръ: договоръ игры запрещается. 2) Говорятъ, напримѣръ: насиліе возбраняется. Но истинное содержаніе трактующаго о насиліи правоположенія состоитъ въ томъ, что изъ насилія возникаютъ опредѣленныя управомочія и обязанности. § 28.

каждый моментъ фактическихъ отношеній, заслуживающій вниманія, дѣйствительно находитъ его, каждый не заслуживающій вниманія моментъ вовсе не находитъ его и каждый изъ этихъ моментовъ пользуется тѣмъ именно вниманіемъ, котораго требуетъ его природа [1]). Право, которое въ одномъ изъ этихъ отношеній не сообразно съ фактическими отношеніями, называется строгимъ правомъ.

Понятіе справедливости по природѣ своей относительно; содержаніе свое оно заимствуетъ изъ юридическаго сознанія или юридическаго чувства лица, разсматривающаго данное право. Но какъ юридическимъ сознаніемъ и юридическимъ чувствомъ обладаетъ не только человѣкъ, но и народы, то подъ справедливостью разумѣется тотъ идеалъ, къ осуществленію котораго должно быть направлено право всякаго народа [2]). Пока же этотъ идеалъ не осуществился, пока какой-либо источникъ права не призналъ требованій справедливости законными, до тѣхъ поръ справедливость не есть право [3]), и судья, который вздумаетъ подчинять положительное право своего народа требованіямъ справедливости или того, что онъ считаетъ справедливостью, впадетъ въ грубую ошибку [4]). Но точное изслѣдованіе содержанія положительнаго пра-

---

§. 28. [1]) Jus aequum не есть право, равное для всякаго лица, а лишь право, равное для отношеній, которыя имъ опредѣляются. Напротивъ того, нерѣдко полагаютъ, что сущность справедливаго права заключается именно въ соображеніи индивидуальныхъ различій (Пухта Pand. §. 21, Тэль Einleit. §. 40, Унгеръ I стр. 71). Но и это воззрѣніе неправильно. Конечно, можетъ случиться, что не принимать въ соображеніе индивидуальныхъ различій будетъ несправедливо, но также, можетъ быть, несправедливо будетъ и принимать ихъ въ соображеніе. — Относительно воззрѣнія римлянъ на aequitas ср. М. Фойгта die Lehre vom ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer t. I (1856). Сюда же относятся указанія Esmarch, krit. Ueberschau VI. 1.

[2]) Въ этомъ смыслѣ l. 1 pr. D. de I. et I. 1 1. прекрасно называетъ iustitia „ars boni et aequi“. Ср. § 1. eod., l. 90 D. de R. I. 50. 17, l. 8 C. de iud. 3. 1.

[3]) Противоположность между ius и aequitas признается въ l. 52 §. 3. D. de pactis 2. 14 (—„neque iure ullo neque aequitate tale desiderium admitti“—) и въ l. 2 §. 5 D. de aqua et aquae 39. 3 (прим. 4).

[4]) L. 1 C. de legib. 1. 14. „Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere“. Въ указанномъ въ предыдущемъ примѣчаніи l. 2 §. 5 D. de aqua et aquae хотя aequitas и получаетъ силу противъ ius (—„haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur—); но вѣдь положеніе римскихъ юристовъ было несравненно свободнѣе положенія нынѣшнихъ юристовъ и судей.

ва доставитъ ему возможность, на первый взглядъ незамѣтную, нерѣдко удовлетворять требованіямъ справедливости собственными средствами права [5]).

Нормальное и исключительное право. Привилегія *).

§ 29.

Нормальнымъ (regelmässig) называется то право, которое сообразуется съ признанными въ правѣ принципами; когда же право въ силу особенныхъ основаній вступаетъ въ противорѣчіе съ этими принципами, то возникаетъ исключительное (regelwidriges) право [1]). Источники гласятъ, что это послѣднее право не должно быть толкуемо распространительно [2]); это значитъ, что оно не должно быть распространяемо далѣе того, на что простирается истинная мысль его опредѣленія; слѣдовательно, это постановленіе предписываетъ лишь то, что само собою разумѣется [3]).

---

[5]) Можетъ также случиться, что само право указываетъ судьѣ взвѣшивать обстоятельства отдѣльнаго случая и соображать съ ними свое рѣшеніе. Сюда относится l. 91 §. 3. D. de V. O. 45. 1: — „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose... erratur“. (Рѣчь тутъ идетъ о вопросѣ, есть ли въ наличности просрочка, и для разрѣшенія этого вопроса дается только одно правило, по которому просрочка имѣетъ мѣсто тогда, когда должникъ не уплатитъ въ надлежащее время по собственной винѣ).

*) Савиньи I стр. 61—66, Вехтеръ II §. 3. (50), Тэль Einleitung § 38. § 29. 39, Унгеръ I § 8 (65).

[1]) Источники говорятъ ius singulare. L. 16. D. de leg. 1. 3. „Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est“.—Иные (напримѣръ, Савиньи в. п. с.) опредѣляютъ ius singulare какъ такое право, которое получаетъ свое начало не въ области чистаго права, но основывается на принципахъ нравственности и благосостоянія. Но что такое область чистаго права? И развѣ не всякое право зиждется на томъ, какъ тотъ или другой народъ понимаетъ и юридически оцѣниваетъ принципы нравственности и потребности общественнаго и частнаго благосостоянія?—Примѣры ius singulare въ l. 15 D. de R. C. 12. 1, l. 23 § 1 l. 44 § 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 44 § 3 de usurp. 41. 3.

[2]) L. 14. D. de leg. 1. 3 (l. 141 pr. D. de R. I. 50. 17). „Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.“ Ср. l. 15 eod.

[3]) Всѣ согласны въ томъ, что по смыслу этого постановленія при ius singulare распространительное толкованіе въ тѣсномъ смыслѣ не исключается; но прійдется пойдти еще дальше и допустить также распространительное толкованіе въ обшир-

Главнѣйшее примѣненіе исключительнаго права состоитъ въ томъ, что посредствомъ него установляется для извѣстнаго класса лицъ или правоотношеній что-либо такое, что не имѣетъ силы по отношенію къ другимъ лицамъ или правоотношеніямъ (изъятія). Если постановленіе объ изъятіи состоитъ въ доставленіи выгоды, то мы говоримъ о привилегіи; равнымъ образомъ привилегіею называется и само то выгодное положеніе, которое вызвано такимъ постановленіемъ [4]). Привилегіи бываютъ личныя и вещныя, смотря потому, доставляютъ ли онѣ выгоду какому-либо классу лицъ или какому-либо классу правоотношеній [5]).

номъ смыслѣ (аналогію). Въ противномъ случаѣ прійдется усомниться въ его возможности вообще, ибо всякое новое правоположеніе представляется по отношенію къ существующимъ уже юридическимъ правиламъ какъ исключительное правило. SC-um Velleianum очевидно установляетъ ius singulare; но какъ, однако, оно было распространено! Ср. также II §. 478 прим. 4. Но если какое либо постановленіе издано, напримѣръ, favore libertatis, то въ немъ отнюдь не слѣдуетъ видѣть выраженіе принципа, имѣющаго силу и тогда, когда о свободѣ и рѣчи нѣтъ. D. 23 §. 3. D. de fideic. lib. 40. 5. „Etiam fideicommissaria libertas a filio post certam aetatem eius data, si ad eam puer non pervenit, ab herede filli praestituta die reddatur; quam sententiam iure singulari receptam ad cetera fideicommissa relicta porrigi non placuit.“ Также думаетъ Келлеръ §. 7. Слѣдуетъ, конечно, прибавить, что чѣмъ опредѣленнѣе и яснѣе то предписаніе права, которому противорѣчитъ ius singulare, тѣмъ больше основаній, дающихъ право прибѣгать къ распространительному толкованію, — въ силу правила, что въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ рѣшать въ пользу меньшаго отступленія отъ дѣйствующаго права. (§. 21 прим. 7).

[4]) Выраженіе privilegium употребляется въ источникахъ наравнѣ съ выраженіемъ beneficium iuris. По его буквальному смыслу (ср. Cic. de leg. III. 19: „in privos homines leges ferri nolluerunt, id est enim privilegium,“ Gell. N. A. X. 20: „veteres priva dixerunt, quae nos singula dicimus“) оно хотя и можетъ обозначать постановленіе, ставящее въ худшее положеніе (отсюда у новыхъ юристовъ дѣленіе на privilegia favorabilia и odiosa); но едвали источники придавали ему этотъ смыслъ; нѣмецкое слово „Privilegium“ не вполнѣ соотвѣтствуетъ этому смыслу. Privilegium противополагается ius commune, то-есть, праву, общему для всѣхъ. Ср. l. 12 L. de min. 4. 4, l. 7 L. de iniusto 28. 3, l. 15. L. de vulg. 28. 6, l. 3. 21 D. de test. mil. 29. 1, l 37. D. de I. F. 49. 14.

[5]) L. 195 D. de R. I. 50. 17. „Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae; ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt, quae personae sunt, ad heredem non transeunt.“ L. 68 eod. Напримѣръ: конкурсная привилегія казны и издержекъ на погребеніе. Къ вещнымъ привилегіямъ относятся и тѣ, которыя представлены собственникамъ извѣстнаго рода вещей (т. н. privilegia rei, напр. свобода дворянскихъ имѣній отъ податей).

Но подъ понятіе привилегіи подводятъ и тѣ правоположенія, посредствомъ коихъ индивидуальному лицу или индивидуальному правоотношенію доставляется извѣстная юридическая выгода, равно какъ и доставляемыя такими правоположеніями преимущества. О привилегіяхъ въ этомъ смыслѣ ниже (§ 135, 136) будетъ сказано особенно.

Принудительное и условно-обязательное право.

§ 30.

Есть правоположенія, которыя исключаютъ всякій личный произволъ: они получаютъ примѣненіе, не зависимо отъ желанія сторонъ, они принуждаютъ. Другія правоположенія предоставляютъ иначе опредѣлять то или другое отношеніе посредствомъ частнаго произвола и получаютъ обязательную силу лишь въ томъ случаѣ, когда частный произволъ никакъ не опредѣлилъ этого отношенія [1]).

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

ПРЕДѢЛЫ ДѢЙСТВІЯ ПРАВА.

I. Предѣлы во времени.

§ 31.

Обусловленныя временемъ предѣлы дѣйствія правоположеній опредѣляются моментами ихъ возникновенія и прекращенія. Дѣйствіе правоположеній начинается съ возникновенія ихъ и оканчивается съ прекращеніемъ ихъ.

---

[1]) Напримѣръ: должникъ отвѣчаетъ за плутовство (Arglist), — продавецъ отвѣчаетъ за нерадѣніе. — Другія названія, употребляемыя для этой противоположности, суть: абсолютное, повелительное право — посредствующее, дополнительное, вспомогательное, диспозитивное право. Источники называютъ принудительное право ius publicum, а также ius commune, iuris forma и просто ius. Ср. наприм. l. 38 D. de pactis 2. 14, l. 20 pr. D. de rel. 11. 7, l. 7 §. 16 D. de pactis 2. 14, l. 42 eod., l. 12 §. 1 D. de pact. dotal. 23. 4, l. 27 D. de R. I. 50. 17. § 30.

Дѣйствіе правоположеній начинается съ ихъ возникновенія: въ противномъ случаѣ правоположеніе само должно бы присвоить себѣ обязательную силу лишь съ позднѣйшаго времени. Для законовъ сложныхъ пріемъ этотъ весьма обыкновенный; они даютъ гражданамъ извѣстный срокъ, для ознакомленія съ новымъ закономъ.

Дѣйствіе правоположеній оканчивается съ ихъ прекращеніемъ. Это послѣднее можетъ быть опредѣлено самими правоположеніями, если они объявляютъ себя обязательными только на опредѣленное время или для извѣстныхъ временныхъ обстоятельствъ и условій [1]). Въ противномъ случаѣ правоположеніе существуетъ дотолѣ, пока не будетъ отмѣнено другимъ источникомъ права, закономъ или обычаемъ. При этомъ возникаетъ спеціальный вопросъ: въ какой мѣрѣ съ отмѣною правила отмѣняются и исключенія изъ него [2]). Безъ сомнѣнія, вопросъ этотъ не имѣетъ смысла въ томъ случаѣ, когда правило просто отмѣняется; тутъ разумѣется само собою, что эти исключенія сами становятся правилами. Вопросъ этотъ имѣетъ смыслъ лишь въ томъ случаѣ, когда извѣстное правило отмѣняется такимъ образомъ, что мѣсто его заступаетъ правило иного содержанія. Тутъ можетъ возбудиться требующій толкованія вопросъ, отмѣняются ли новымъ правоположеніемъ и исключенія изъ прежняго правила; въ случаѣ сомнѣнія, вопросъ этотъ разрѣшается отрицательно [3]).

---

§ 31. [1]) Сюда относятся собственно т. н. транзиторные (переходные) законы, служащіе для перехода отъ одного юридическаго состоянія къ другому. Ср. Nov. 66 c. 1, Nov. 116 c. 1.

[2]) Тибо civilistische Abhandlungen № 7, Вехтеръ II §. 28, Унгеръ I §. 16.

[3]) Примѣры: a) требуется для юридическихъ дѣйствій женщины соучастіе стороннаго лица; исключеніе сдѣлано для женщинъ торгующихъ. Новый законъ объявляетъ женщинъ дѣеспособными и безъ соучастія. b) Предписывается составлять завѣщаніе въ присутствіи 7 свидѣтелей; но нѣкоторымъ лицамъ разрѣшается завѣщать и безъ соблюденія формальностей. Вслѣдъ затѣмъ постановляется, что при завѣщаніи достаточно 5 свидѣтелей. Или: предписывается, чтобы притязанія погашались 30-лѣтнею давностью; но извѣстныя притязанія погашаются чрезъ 5 и т. д. лѣтъ. Новый законъ опредѣляетъ, что притязанія погашаются 20-лѣтнею давностью. Само собою разумѣется, въ обоихъ этихъ случаяхъ исключенія изъ прежняго правила продолжаются и при новомъ правилѣ. Совершенно иное слѣдовало бы сказать, еслибы новый законъ прямо опредѣлялъ, что

§ 32 *).

То, что извѣстное правоположеніе имѣетъ силу для извѣстнаго времени, не значитъ еще, что въ теченіе этого времени оно должно быть обязательно при каждомъ отдѣльномъ примѣненіи его. Это зависитъ отъ воли законодателя; можетъ статься, что онъ желалъ безусловнаго примѣненія послѣдняго, но можетъ также статься, что для извѣстныхъ случаевъ онъ желалъ допустить дѣйствіе права другаго времени. Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ отличать правоотношенія, возникающія послѣ вступленія въ силу правоположенія, и правоотношенія, возникшія еще до этого. Относительно первыхъ безусловно справедливо, что законодатель желалъ подчинить ихъ опредѣленію новаго правоположенія; относительно же послѣднихъ возможно допустить, что законодатель желалъ оставить въ прежнемъ видѣ тотъ порядокъ, который сообщило имъ прежнее право [1]). Если

сила его распространяется на всѣ безъ исключенія случаи, или еслибы допускаемыя имъ исключенія были поименованы въ немъ, или еслибы можно было доказать другими обстоятельствами, что законодатель желалъ придать своему новому правилу безусловное дѣйствіе.

*) Изъ богатой старинной литературы вопроса, разсматриваемаго въ этомъ §, слѣдуетъ указать на два сочиненія: А. Д. Вебера über die Rückanwendung positiver Gesetze (1811). Бергмана das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht (1818). Изъ новѣйшей литературы: Савиньи System VIII. §. 383—400 (1849). Шейрля Beiträge zu Bearbeitung des römischen Rechts I № 6 (1853). Фр. Виса (Wyss) Zeitschr. f. schweizerisches Recht III стр. 124 и сл. (1854). Борнемана Erörterungen im Gebiete des preuszischen Rechts выпускъ I № 1 (1855). Шафа Abhandlungen aus dem Pandektenrecht т. I выпускъ II (1860). Ферд. Лассаля das system der erworbenen Rechte часть I. Тоже подъ заглавіемъ: die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze (,) unter besonderer Berücksichtigung des Römischen, Französischen und Preussischen Rechts (1861). Р. Шмидта die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen стр. 101—148 (1863).—Кирульфа стр. 63—72, Вангерова I §. 26, Вехтера II §. 29. 30, Унгера I §. 20. 21, Безелера deutsches Privatr. § 21. § 32.

[1]) Когда для дѣйствительности договора законъ требуетъ письменной формы или впервые вводитъ или отмѣняетъ пользованіе родителей имуществомъ своихъ дѣтей, то онъ несомнѣнно подразумѣваетъ, что письменность должна быть условіемъ дѣйствительности всѣхъ будущихъ договоровъ, что пожизненное пользованіе родителей должно или не должно распространяться на имущество будущихъ дѣтей. Но отнюдь нельзя сказать, чтобъ онъ подразумѣвалъ тоже самое и по отношенію къ заключеннымъ уже до него договорамъ или къ родившимся до него дѣтямъ.

же на этотъ счетъ онъ выразился неясно [2]), то въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ это должно опредѣляться путемъ толкованія [3]). Въ случаѣ сомнѣнія, когда толкованіе не можетъ привести ни къ какому положительному результату, должно принять, что законодатель *не* желалъ подчинять новому правоположенію правоотношенія, возникшія прежде. Въ этомъ смыслѣ справедливо извѣстное въ наукѣ правило, что новыя правоположенія (законы) обратной силы не имѣютъ [4]).

---

[2]) Примѣры этого изъ источниковъ: l. 27 pr. C. de usur. 4. 32, l. 2 C. de quadr. praescr. 7. 37, l. 3 C. de pact. pign. 8. 35, Nov. 19 prooem. c. 1;—l. 18 C. de testibus 4. 20, l. 23 C. mand. 4. 35, l. un. if. C. de rei ux. act. 5. 13. l. 29 C. de test. 6. 23, l. un. §. 15 C. de cad. toll. 6. 51, l. un. i. f. C. de lat. lib. toll. 7. 6.

[3]) Нерѣдко точку опоры въ этомъ случаѣ даетъ самая форма правоположенія. Еслибы указанное въ 1 примѣчаніи правоположеніе гласило такимъ образомъ: договоры, чтобы быть дѣйствительными, должны быть заключаемы въ письменной формѣ, то при отсутствіи болѣе сильныхъ противоположныхъ основаній это слѣдовало бы понимать такъ, что письменная форма есть условіе дѣйствительности будущихъ договоровъ, но не заключенныхъ уже. Въ числѣ прочихъ основаній толкованія слѣдуетъ въ особенности обратить вниманіе на степень важности и значенія, которыя авторъ новаго правоположенія придавалъ ему въ видахъ нравственности и общаго блага. Чѣмъ выше эта важность и это значеніе, тѣмъ скорѣе слѣдуетъ принять, что законодатель желалъ безусловнаго примѣненія этого правоположенія. Такъ, напримѣръ, когда законъ регулируетъ основанія развода иначе, то слѣдуетъ допустить, что законодатель желалъ подчинить этому закону и заключенные уже браки. Другой примѣръ: въ данномъ государствѣ вводится система ипотечныхъ книгъ; слѣдуетъ принять, что законодатель желалъ, чтобы въ ипотечныя книги непремѣнно внесены были не только вновь возникающія ипотеки, но и всѣ состоявшіяся уже прежде.

[4]) L. 7 C. de leg. 1. 14. „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit“. (Повторено въ c. 12 X. de constit. 1. 2). L. 65 i. f. C. de dec. 10. 31, Nov. 66. c. 1. § 4. Ср. Cic. in Verrem l. 42. „De iure civili si quis novi quid constituit, is omnia quae ante acta sunt rata esse patitur“. Неправильно требуетъ первое изъ названныхъ мѣстъ, чтобъ объ обратномъ дѣйствіи сдѣлано было особое распоряженіе. Ср. Зейф. Arch. XII. 119.—Бекингъ I стр. 317 учитъ, что законъ обратной силы имѣть не можетъ, подразумѣвая подъ этимъ, что законъ, самъ себѣ придающій обратную силу, есть „безусловная неправда“. Тоже думаетъ Лассаль (см. впрочемъ прим. 6 въ концѣ), который идетъ еще дальше, утверждая, будто законъ, сообщающій себѣ обратную силу, не обязателенъ для судьи (стр. 55 и сл.). Этотъ взглядъ встрѣчается уже у Г. Струве, über das positive Rechtsgesetz hinsichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit (1831), стр. 6. 30—34. 153. 154.

Основаніе, почему въ случаѣ сомнѣнія не слѣдуетъ принимать, что законодатель желалъ подчинить новому правоположенію тѣ правоотношенія, кои возникли ранѣе, заключается въ томъ, что было бы вредно, еслибы то, что уже разъ дано въ юридическомъ порядкѣ, отнималось новымъ распоряженіемъ: лица заинтересованныя имѣли право разчитывать, что установленный порядокъ будетъ продолжаться, они начали уже полагаться на него. Что законодатель желалъ такого зла, безъ достаточныхъ основаній допустить нельзя [5]). Мало того: не слѣдуетъ въ этомъ отношеніи дѣлать никакого различія между такими постановленіями права, которыя прямо относятся къ фактамъ и вновь разрѣшаютъ вопросъ о томъ, можетъ или не можетъ извѣстное событіе породить извѣстное право, и такими постановленіями, непосредственнымъ предметомъ которыхъ служатъ сами права, при чемъ постановленія эти либо совершенно отнимаютъ у извѣстнаго установленнаго права его законную силу, либо иначе опредѣляютъ содержаніе извѣстнаго права [6]). Вмѣстѣ съ тѣмъ, только что

---

[5]) Ср. l. 29 C. de testam. 6. 23, Nov. 22. c. 1.

[6]) Такое различіе дѣлаетъ Савиньи (в. п. с. § 384: правоположенія о „пріобрѣтеніи правъ“, правоположенія о „бытіи правъ“, то есть, о томъ, „быть ли имъ или нѣтъ“, и о томъ „быть ли имъ такъ или иначе“, отказывая въ обратномъ дѣйствіи только первымъ и поясняя это слѣдующими примѣрами. 1) Извѣстное правоположеніе гласитъ, что отчужденіе собственности должно производиться уже не путемъ одного договора, но только путемъ передачи. Другое правоположеніе гласитъ, что если договоръ заключенъ о предметѣ, стоющемъ болѣе пятидесяти талеровъ, то для права иска требуется, чтобъ онъ былъ заключенъ въ письменной формѣ. 2) Въ данномъ государствѣ отмѣняются, напримѣръ, существовавшія тамъ рабство, или германское крѣпостное право, или право десятины. Десятины объявлены уничтожимыми. Предписывается, положимъ, что отыскиваніе собственности (на движимыя вещи) впредь не должно производиться чрезъ виндикацію.—Хотя и не подлежитъ сомнѣнію, что всѣ означенные подъ 2) законы при отсутствіи противоположныхъ основаній должны быть относимы и къ возникшимъ уже правоотношеніямъ этого рода; но вѣдь не потому, что они имѣютъ своимъ предметомъ существованіе или содержаніе правъ, а отчасти потому, что чрезъ нихъ осуществляется весьма важный нравственный или національно-экономическій принципъ, отчасти оттого, что иначе кругъ ихъ дѣйствія былъ бы слишкомъ узокъ и не соотвѣтствовалъ бы той важности, съ какою выступаетъ этотъ законъ (къ числу величайшихъ странностей можно отнести то, что въ Германіи и нынѣ установляются десятины), отчасти же оттого, что при сохраненіи возникшихъ уже правъ возникла бы въ гражданскомъ оборотѣ неисправимая путаница, которой законодатель отнюдь, конечно, не же-

сказанное имѣетъ силу лишь по отношенію къ такимъ правоположеніямъ, которыя въ указанномъ смыслѣ опредѣляютъ пріобрѣтеніе, бытіе или содержаніе права, а не къ такимъ, предметомъ которыхъ служитъ простая надежда на пріобрѣтеніе права, либо возможность такого пріобрѣтенія или какого-либо, имѣющаго юридическую силу дѣянія [7]). Предположеніе, что законодатель желалъ по-

---

лалъ (относительно каждой движимой вещи пришлось бы наводить справки, пріобрѣтена ли она въ собственность до или послѣ изданія новаго закона). Но съ другой стороны, сравните слѣдующіе случаи. Данное правоположеніе отмѣняетъ право родителей на узуфруктъ или право несовершеннолѣтнихъ на возвращеніе въ прежнее состояніе (restitutio in integrum). Другое правоположеніе гласитъ, что покупатель впредь не несетъ на себѣ риска за вещь. Или: правоположеніе предписываетъ, чтобы впредь купля не уничтожала найма. Я не думаю, чтобы въ этихъ случаяхъ — не говоря объ особыхъ основаніяхъ — былъ бы какой-либо поводъ подводить подъ новое правоположеніе существующія уже права родительскаго пользованія (узуфрукта), состоявшіяся уже правоотношенія несовершеннолѣтнихъ, состоявшіяся уже договоры купли-продажи и найма. См. также l. un. i. f. C. de rei ux. act. 5. 13, Nov. 22 c. 1. Зейф. Arch. XIII. 119, XIX. 3, XXI. 91; XVIII. 104 (XX. 99).— Вмѣстѣ съ Савинью и Шейрль и Шмидтъ в. н. сс. выставляютъ то общее положеніе, что законы, касающіеся бытія и содержанія правъ, распространяются и на существующія уже правоотношенія. Но писатели эти не соглашаются съ тѣмъ (у Шейрля это преобладающая мысль), чтобъ въ этомъ выражалось обратное дѣйствіе, такъ какъ законы эти не касаются прошедшаго. Послѣднее справедливо; но все же они касаются правоотношеній, принадлежащихъ прошедшему.— Лассаль говоритъ, что законъ, простирающійся на индивида лишь чрезъ посредство его произвольныхъ дѣйствій, не можетъ имѣть обратнаго дѣйствія; а всякій законъ, касающійся индивида безъ посредства такого добровольнаго акта, можетъ имѣть обратное дѣйствіе.

[7]) Примѣры. Данное лицо есть ближайшій законный наслѣдникъ живаго лица, новый законъ предпочитаетъ ему другаго. По дѣйствующему праву еврей можетъ пріобрѣтать недвижимую собственность; новый законъ лишаетъ его этого права. По дѣйствующему праву совершеннолѣтіе наступаетъ съ 21 года; новый законъ требуетъ для этого 25 лѣтъ. При всемъ томъ въ послѣднемъ случаѣ необходимо будетъ сказать, что не только тѣ, коимъ до изданія новаго закона не исполнилось еще 21 года, должны считаться совершеннолѣтними лишь съ достиженіемъ 25-лѣтняго возраста, но и тѣ, которые къ этому времени уже достигли 21-лѣтняго возраста, но не достигли еще 25 лѣтъ, снова становятся несовершеннолѣтними. Послѣднее часто отрицается, но по недостаточнымъ основаніямъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что совершеннолѣтіе не есть пріобрѣтенное право, оно сообщаетъ лишь способность извѣстнымъ образомъ дѣйствовать юридически. Если бы женщины безъ участія посредника признавались недѣеспособными въ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ онѣ прежде были дѣеспособны, то никому не пришло бы въ

щадить эту надежду или возможность, далеко не будетъ обладать такою достовѣрностью, какъ тоже предположеніе по отношенію къ правамъ пріобрѣтеннымъ [8]).

§. 33.

Однако провести этотъ принципъ не всегда легко, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда правоустановляющій фактъ не замыкается извѣстнымъ моментомъ времени, а начавшись подъ господствомъ прежняго правоположенія, продолжается при новомъ правоположеніи. Здѣсь не мѣсто входить въ подробности этого ученія [1]), но необходимо указать на слѣдующія положенія.

голову изымать отъ дѣйствія такого закона всѣхъ уже родившихся женщинъ; на какомъ же основаніи не допускать этого въ томъ случаѣ, когда законъ гласитъ, что дѣеспособными считаются достигшіе не 21-лѣтняго, а 25-лѣтняго возраста? Могутъ сказать, что едва ли вѣроятно, чтобы законодатель желалъ путаницы, которая можетъ возникнуть изъ того, что совершеннолѣтній станетъ снова несовершеннолѣтнимъ; но вѣдь путаница возникнетъ и тогда, если въ одно время одинъ будетъ считаться совершеннолѣтнимъ на 21 году, другой на 25. Само собою разумѣется, что юридическія сдѣлки, заключенныя двадцатиодналѣтнимъ до изданія новаго закона, остаются въ силѣ: ими пріобрѣтаются права, на которыя новый законъ обратнаго дѣйствія не имѣетъ.—Изъ практики: Зейф. Arch. IV. 93. 199, XIX. 210.

[8]) Но этимъ мы, конечно, не хотимъ сказать, чтобы въ силу другихъ основаній нельзя было заключать, что законодатель желалъ распространить и такого рода правоположенія на существующія уже состоянія и прошедшіе факты. Ср. l. 29 C. de testam. 6. 23.

[1]) Подробности у Савиньи VIII §. 388 и сл., Унгера I §. 21, Шмидта § 33. стр. 119 и сл.—Здѣсь нужно только обратить вниманіе на вопросъ относительно объема дѣйствія новыхъ законовъ о давности; о немъ въ особенности говорятъ: Германъ Zeitschr. f. Civ. и Pr. N. F. II. 3 (1846), Стефанъ Arch. f. civ. Pr. XXXII. 6 (1849), Шейрль в. п. с. стр, 143 и сл. Должно замѣтить слѣдующее. Начавшаяся давность не даетъ еще никакого права; а потому новый законъ распространяется и на нее, такъ что если новое правоположеніе отмѣняетъ прежнюю давность или ставитъ ее въ зависимость отъ такого условія, въ которомъ по прежнему закону не было надобности, напримѣръ, требуетъ добросовѣстности, то никто уже не въ правѣ требовать, чтобы давность для него довершалась на основаніи прежняго закона. Въ послѣднемъ случаѣ, по крайней мѣрѣ, если требуемое условіе въ послѣдствіи наступитъ, онъ даже не въ правѣ требовать, чтобъ давностное время, протекшее при отсутствіи этого условія, было причтено къ давностному времени, протекшему при наличности этого условія; ибо новое правоположеніе требуетъ этого условія для всего давностнаго срока. Наоборотъ, если новое правоположеніе, не касаясь другихъ условій давности, увеличиваетъ лишь

1) Если правоположеніе прямо придаетъ себѣ обратное дѣйствіе, то изъ этого не слѣдуетъ, что оно распространяется также на случаи, окончательно разрѣшенные полюбовнымъ соглашеніемъ или рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу; такъ какъ эти случаи уже разрѣшены, то они и остаются таковыми [2]). Равнымъ образомъ слѣдуетъ примѣнять не новое, а прежнее право и въ томъ случаѣ, когда рѣшеніе еще не вступило въ законную силу, ибо судья высшей инстанціи обязанъ основать свою повѣрку оспариваемаго рѣшенія на правѣ того времени, когда рѣшеніе это состоялось [3]).

2) Правоположенія, представляющія собою легальное толкованіе прежняго правоположенія, влагаютъ въ него свое содержаніе, и слѣдовательно, какъ бы желаютъ, чтобъ ихъ считали дѣйствующими со времени изданія прежняго правоположенія. Вотъ почему ихъ и слѣдуетъ примѣнять ко всѣмъ правоотношеніямъ, возникшимъ съ того времени [4]), а вовсе не потому, что имъ придано обратное дѣйствіе; они обязательны для этихъ отношеній

срокъ ея, то протекшее до него давностное время имѣетъ силу и при немъ; ибо и по прежнему правоположенію для давности требовалось протеченіе времени при наличности опредѣленныхъ условій; новое же правоположеніе требуетъ только, чтобъ извѣстное состояніе продолжалось въ теченіи извѣстнаго времени, а никакъ не требуетъ, чтобъ оно продолжалось въ теченіи извѣстнаго времени при его господствѣ. Прежде протекшее время имѣетъ значеніе и въ томъ случаѣ, когда новое правоположеніе сокращаетъ срокъ давности, но этого времени отнюдь нельзя считать достаточнымъ для полной силы давности. Ибо въ противномъ случаѣ нанесенъ былъ бы ущербъ тому, противъ кого давность течетъ, а предполагать, что законодатель желалъ этого ущерба, никакъ нельзя; это всего рѣзче обнаруживается, когда протекшее давностное время уже соотвѣтствуетъ сроку, установленному новымъ правоположеніемъ. (Положимъ, доселѣ для давности требовался 20-ти лѣтній срокъ; лицо провладѣло 10 лѣтъ, и въ это время вводится десятилѣтняя давность). Въ такомъ случаѣ можно удовлетворить предполагаемой волѣ законодателя, либо соразмѣряя протекшее давностное время съ новымъ срокомъ (въ приведенномъ примѣрѣ протекла половина давностнаго срока, а половина 10 есть 5), либо дозволяя тому, въ чью пользу течетъ давность, ожидать истеченія ея по прежнему закону или снова начать ее по новому закону.

[2]) Это правило высказано въ источникахъ не принципіально, но въ многократномъ примѣненіи. L. un. §. 4. C. de contr. iud. l. 53, 1. 17 C. de fide instr. 4 21, l. 21 C. ad. SC. Vell. 4. 29, l. 15. §. 5 C. de leg. her. 6.58, Nov.19 prooem. c. 1.

[3]) Nov. 115. c 1.

[4]) Nov. 19, prooem., Nov. 143.

не вопреки тому, что отношенія эти принадлежатъ времени, предшествующему изданію такого правоположенія, а потому именно, что по воззрѣнію послѣдняго они не относятся къ указанному времени. Отсюда слѣдуетъ, что если рѣшеніе о какомъ-либо случаѣ не вошло еще въ законную силу, то высшая инстанція должна основать свое рѣшеніе на истолковательномъ правоположеніи. Но отсюда вовсе нельзя выводить, что истолковательное правоположеніе распространяется и на случаи, которые уже окончательно рѣшены путемъ вошедшаго въ законную силу приговора или путемъ взаимнаго соглашенія [5]).

II. Предѣлы въ пространствѣ.

§ 34.

Правоположенія, дѣйствуя въ теченіи опредѣленнаго времени, дѣйствуютъ также на опредѣленномъ пространствѣ. Это пространство можетъ совпадать съ пространствомъ, занимаемымъ государствомъ, можетъ быть уже или шире него [1]).

Но вопросъ въ томъ, должно ли извѣстное правоположеніе, обязательное въ предѣлахъ данной мѣстности, дѣйствовать въ ней безусловно, устраняя всякое право иной мѣстности [2]). На этотъ

---

[5]) Хотя это мнѣніе и преобладающее, но не слѣдуетъ забывать, что тутъ дѣло идетъ о толкованіи новаго (истолковательнаго) правоположенія и что крайне невѣроятно, чтобы законодатель желалъ призвать къ жизни совершенно покончепныя правоотношенія. Даже если правоположеніе прямо присвоиваетъ себѣ обратное дѣйствіе, то отсюда все еще само собою не вытекаетъ, что оно распространяется и на разрѣшенные случаи.—Совершенно отвергаетъ обратное дѣйствіе истолковательныхъ правоположеній Бремеръ Jahrb. d. gem. R. II 7 (1858); по его мнѣнію, для прошедшаго времени они имѣютъ лишь значеніе теоріи.

[1]) Общегерманское право дѣйствуетъ въ большей части германскихъ государствъ. Германскія мѣстныя права по большей части дѣйствуютъ лишь въ извѣстной части даннаго государства. (Ср. объ этомъ Рота, die deutschen Particularrechte. Arch. f. Prakt. Rechtswissenchaft VIII. стр. 317 и сл.). § 34.

[2]) Литература этого вопроса очень богата. Болѣе старая у Вехтера Arch. f. civ. Pr. XXIV. стр. 230 и сл. Изъ новыхъ временъ слѣдуетъ въ особенности указать на упомянутую статью Вехтера Arch. f. civ. Pr. XXIV. 2. (1841), продол. XXV. 1. 4. 12 (1842) и обширнѣйшее сочиненіе по нашему предмету Л. Бара das internationale Privat-und Strafrecht (1841). Далѣе: Шефнеръ, Entwickelung des internationalen Privatrechts (1861). Гюнтеръ въ Weiske's Rechtslex. IV стр. 721—755 (1843). Пюттеръ das praktische Europäische Fremdenrecht (1815).

вопросъ, какъ и на соотвѣтствующій ему вопросъ о томъ, должно ли правоположеніе въ предѣлахъ назначеннаго для него времени примѣняться безусловно, можно отвѣтить лишь посредствомъ соображенія воли законодателя или смысла того юридическаго цѣлаго, къ которому правоположеніе относится. И здѣсь мы должны имѣть въ виду тѣ же различія, какія указаны еще прежде при подобномъ же вопросѣ, а именно: слѣдуетъ отличать правоотношенія, принадлежащія къ мѣстности, въ коей обязательно правоположеніе, отъ правоотношеній, къ ней не принадлежащихъ. Что касается первыхъ, то не можетъ подлежать сомнѣнію, что авторъ правоположенія или юридическаго цѣлаго желалъ безусловнаго примѣненія къ нимъ этого правоположенія; по отношенію же къ правоотношеніямъ, непринадлежащимъ къ означенной мѣстности, авторъ правоположенія, конечно, могъ желать того же, но вѣрнѣе будетъ допустить, что онъ желалъ подчинить ихъ праву, дѣйствующему на мѣстѣ ихъ возникновенія. А потому въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ держаться послѣдняго, причемъ безразлично, принадлежитъ ли конкурирующее право тому же или чужому государству. Противоположное воззрѣніе, требующее принципіальнаго устраненія чужеземнаго права [3]), основано на неудовлетворительномъ пониманіи взаимныхъ отношеній между государствами, состоящими

Савиньи System VIII §. 345—382. (1849). Пфейферъ das Princip des internationalen Privatrechts (1851). Пюттеръ Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 14 и XXXVIII. 3. (1854. 1855). Бориеманъ Erörterungen aus dem Gebiete des Preussischen Rechts Heft 1 № 2 (1855). Р. Шмидтъ (§. 32*) стр. 4—101. (1863). Кирульфъ стр. 73—82, Спитеписъ I §. 7, Вехтеръ II §. 18—20, Унгеръ I §. 22. 23. Безелеръ deutch. Privatr. §. 38. 39. Тэль Einleit. in das deutsche Privatrt §. 71—85. Изъ иностранной литературы: Jos. Story comment. on the conflic of laws foreign and domestic. Boston 1834. 2 изд. 1844. Foelix traité du droit international privé. Paris 1843. 2 изд. 1847. Rob. Phillimore comment. upon international law. London 1854—1861 (vol. 4. Private international law).—Объ основоположеніяхъ римскаго права см. еще Фойхта ius naturale IV стр. 285 и сл., объ основоположеніяхъ древнѣйшаго германскаго права см. Штоббе Iahrb. d. gem. R. VI. 2. — Обыкновенно говорятъ о мѣстномъ столкновеніи, коллизіи законовъ (прежде: „статутовъ“) и ученіе объ этомъ по примѣру англичанъ и американцевъ называютъ ученіемъ о „частномъ международномъ правѣ“.

[3]) Это мнѣніе защищаютъ Пфейферъ (прим. 2), Пюттеръ (прим. 2), Пухта Pand. §. 113, Hälschner Diss. iuris gentium de legum quae ad ius privatum pertinent vi et auctoritate, quam obtinent extra civitatis fines (1851).

въ международномъ союзѣ. Государства эти вовсе не обособляются непріязненно другъ отъ друга, но напротивъ того взаимно признаютъ себя сотрудниками въ общей работѣ рода человѣческаго, а въ этой работѣ членами высшаго общенія. Вотъ почему юридическій порядокъ каждаго изъ государствъ, принадлежащихъ къ этому общенію, представляется всякому другому, сюда же принадлежащему государству, органомъ общечеловѣческаго юридическаго порядка и потому въ томъ же свѣтѣ, какъ и его собственный юридическій порядокъ.

§ 35.

При болѣе подробномъ разъясненіи вышеуказаннаго начала должно имѣть въ виду два вопроса. Во-первыхъ, надо будетъ отвѣтить на вопросъ, когда именно слѣдуетъ принимать, что извѣстное правоположеніе должно примѣняться по исключенію безусловно даже къ правоотношеніямъ, принадлежащимъ къ чужой мѣстности; во-вторыхъ, необходимо будетъ установить тотъ пунктъ мѣстности, къ коему относятся отдѣльныя правоотношенія.

Первый вопросъ есть чисто вопросъ толкованія, а слѣдовательно, разрѣшить его можно путемъ соображенія совокупности тѣхъ обстоятельствъ, при коихъ дѣйствуетъ данное правоположеніе. Особенную силу въ этомъ отношеніи [1]) имѣетъ та степень важности, которую правоположеніе придаетъ выставленному имъ нравственному и національно-экономическому принципу [2]).

---

§ 35.

[1]) Ср. §. 32 прим. 3.

[2]) Савиньи (§. 349) говоритъ, будто общее правило таково, что каждый законъ, изданный въ видахъ нравственности и общественнаго блага, долженъ быть примѣняемъ исключительно. Онъ же говоритъ далѣе, что „ни подъ какимъ видомъ не подлежитъ примѣненію“ такой юридическій институтъ чужаго государства, существованіе котораго не признается нашимъ государствомъ, напримѣръ, когда чужеземное право признаетъ институтъ гражданской смерти, а наше нѣтъ. Еще далѣе Савиньи идетъ Шмидтъ в. н. с. 26 и сл. Онъ не допускаетъ примѣненія чужеземнаго права: 1) когда оно не является условіемъ обезпеченнаго національнаго оборота между частными лицами; 2) когда оно приводитъ къ такому нарушенію отечественнаго юридическаго порядка, которое наноситъ ущербъ юридическому интересу болѣе значительному, чѣмъ интересъ, заключающійся въ обезпеченномъ международномъ оборотѣ.—Ср. Зейф. Arch. I. 35, VI. 306, VIII. 1. 7, IX. I.

Для разрѣшенія втораго вопроса руководствомъ могутъ служить слѣдующія положенія [2]).

1) Отношеніе лица къ тому праву, отъ коего зависятъ его правоспособность и дѣеспособность, приходитъ въ связь съ мѣстностію при посредствѣ мѣстожительства лица [4]).

2) Правоотношенія къ вещамъ принадлежатъ тому пункту про-

---

[3]) Савиньи первый выставилъ теорію, что для каждаго правоотношенія должно отдѣльно отыскивать его „осѣдлость", то-есть, тотъ пунктъ пространства, къ которому правоотношеніе это относится. До него хотѣли разрѣшить этотъ вопросъ путемъ дѣленія на statuta personalia, realia и mixta, смыслъ котораго былъ слѣдующій: личныя правоотношенія опредѣляются правомъ того мѣста, гдѣ жительствуетъ лицо, вещныя правоотношенія правомъ того мѣста, гдѣ находится вещь, правоотношенія, возникающія изъ дѣйствій, правомъ того мѣста, гдѣ эти дѣйствія предприняты; однако, относительно послѣдняго часто присоединялось то ограниченіе, что оно должно примѣняться лишь къ формѣ этихъ дѣйствій. Самое слабое мѣсто этой теоріи составляетъ, очевидно, statuta mixta; противъ первыхъ же двухъ положеній, если только понимать ихъ правильно, что, конечно, не всегда дѣлалось, возражать нечего. Ср. объ этой теоріи Вехтера Arch. XXIV стр. 270 и сл., Савиньи стр. 121 и сл., Бара стр. 20 и сл.—Другіе принципы, выставленные, подъ условіемъ исключеній, (ср. объ этомъ Вехтера Arch. XXIV стр. 298 и сл., XXV стр. 1 и сл., Савиньи VIII стр. 124 и сл., Бара стр. 40 и сл., Шмида стр. 126) суть слѣдующіе: 1) По чужестранному праву должны обсуживаться отношенія, возникшія подъ его господствомъ. 2) По чужестранному праву должны обсуживаться права, пріобрѣтенныя подъ его господствомъ. 3) По чужестранному праву должны обсуживаться правоотношенія лицъ, мѣстожительство конхъ находится въ предѣлахъ его господства. Вехтеръ ограничивается лишь указаніемъ на тотъ принципъ, что чужестранное право можетъ быть примѣняемо, когда оно согласно съ духомъ и смысломъ соотвѣтствующаго отечественнаго правоположенія. Сочиненіе Бара отличается тѣмъ, что оно есть болѣе подробное развитіе принциповъ Вехтера и Савиньи (стр. 58). О Шмидтѣ, который, впрочемъ, принимаетъ исходную точку Савиньи (стр. 26, см. прим. 2. Объ основномъ воззрѣніи Савиньи см. также Мартина Arch. f. prakt. RW. N. F. V стр. 226 и сл.

[4]) Примѣры. Если по законамъ мѣста жительства лица требуется для совершеннолѣтія 21 годъ, то это лицо, достигнувъ этого возраста, будетъ считаться совершеннолѣтнимъ и тамъ, гдѣ для этого требуется 25-лѣтній возрастъ. Если женщина по законамъ ея мѣстожительства считается дѣеспособною безъ участія другаго лица, то тоже долженъ признавать за нею судья того мѣста, по законамъ котораго дѣеспособность женщины обусловлена соучастіемъ. Объ ограниченіяхъ этого основоположенія и спеціально о дѣлаемомъ тутъ различіи между бытіемъ юридическихъ качествъ самихъ по себѣ и юридическомъ вліяніи этихъ качествъ см. Вехтера Arch. XXV стр. 167 и сл., Савиньи стр. 134 и сл., Бара стр. 148 и сл., Шмидта стр. 32 и сл.—Зейф. Arch. II. 2, IV. 233, XII. 243, XIII 79. 181, XIV. 4, XV. 94. 199.

странства, на коемъ находятся вещи. Это примѣняется какъ къ движимымъ, такъ и къ недвижимымъ вещамъ. Разница только въ томъ, что движимыя вещи могутъ перемѣнять свое мѣсто, а потому можетъ случиться, что по отношенію къ пріобрѣтенію права по нимъ будетъ обязательно не то право, какое обязательно будетъ по отношенію къ содержанію и дальнѣйшему существованію его [5]).

3) Тотъ пунктъ пространства, къ коему принадлежатъ обязательственныя правоотношенія [6]), опредѣляется мѣстожительствомъ сторонъ. Собственно говоря, вѣритель и должникъ имѣютъ въ этомъ отношеніи одинаковое значеніе; но такъ какъ вѣритель есть лицо, которое требуетъ, то для своего интереса онъ долженъ принять право мѣстожительства должника, когда послѣдній настаиваетъ на правѣ своего мѣстожительства [7]), или же и наоборотъ право своего собственнаго мѣстожительства, если должнику будетъ выгодно сослаться на это право. Иначе обсуживаются лишь тѣ обязательства, кои основаны не на кратковременномъ фактѣ, а на длящемся отношеніи; такія обязательства относятся къ тому пункту пространства, гдѣ состоитъ основное отношеніе [8]). Если

---

[5]) Если, напримѣръ, въ той странѣ, право которой для перенесенія собственности на движимую вещь не требуетъ передачи, такая вещь пріобрѣтена въ собственность посредствомъ простаго договора и затѣмъ перенесена въ такую страну, законы которой непремѣнно требуютъ передачи, то судья послѣдней страны все-таки долженъ признать право собственности на эту вещь. Ср. Зейф. Arch. IV. 128. Но если бы чужестранное право установляло безусловную виндикацію движимыхъ вещей, отечественное нѣтъ, то въ этомъ случаѣ судья долженъ рѣшать на основаніи отечественныхъ законовъ. Другой примѣръ. Отечественное право признаетъ закладное право на движимыя вещи только въ качествѣ заклада, чужестранное-же право не дѣлаетъ въ этомъ отношеніи никакого ограниченія; а потому заложенныя въ чужой странѣ вещи, будучи перенесены въ отечественную страну, должны считаться заложенными лишь дотолѣ, пока находятся во владѣніи вѣрителя. Вехтеръ Arch. XXV стр. 199. 200. 383 и сл., Савиньи стр. 169 и сл., Баръ 188 и сл., Шмидтъ стр. 53 и сл. Зейф. Arch. XVI. 1, XVII. 111; XXII. 205.

[6]) Относительно обязательственныхъ правоотношеній взгляды чрезвычайно расходятся. Вехтеръ Arch. XXV стр. 389 и сл., Савиньи стр. 205 и сл., Баръ стр. 230 и сл., Шмидтъ стр. 63 и сл.

[7]) Ср. Sachsenspiegel III. 33 §. 2. „Iewelk man mut ok antwerden vor' me koninge in allen steden na sime rechte unde nicht na des klegeres rechte".

[8]) Вслѣдствіе того, обязательственное дѣйствіе, напримѣръ, опеки или имущественнаго товарищества должно обсуживаться по законамъ той мѣстности, гдѣ

обязательство, имѣющее въ виду существующее въ извѣстной мѣстности отношеніе, установлено договоромъ [9]), то слѣдуетъ принять, что стороны желали подчиниться праву этой мѣстности [10]). Подразумѣваемое подчиненіе сторонъ праву извѣстной мѣстности можетъ быть допущено и въ другихъ случаяхъ, при чемъ невозможно установить въ этомъ отношеніи общаго правила [11]).

ведется опека или находятся имущественные объекты товарищества.—Одинъ лишь кратковременный фактъ не въ состояніи приковать обязательство къ тому пространству, гдѣ онъ происходитъ. Это примѣняется не только къ юридическимъ сдѣлкамъ (практика еще часто отступаетъ отъ этого, Зейф. Arch. II. 120. 253, VI. 1, XI. 111, XII. 299, ср. также IV. 3, XXII. 2) но и къ правонарушеніямъ (Delicten). Вехтеръ Arch. XXV стр. 392 и сл., Шмидтъ стр. 74 и сл.; иначе Баръ стр. 243. 317 и сл. Но относительно правонарушеній нельзя допускать, чтобы какое-либо государство склонно было предоставить опредѣленіе послѣдствій правонарушеній, учиненныхъ въ его области, чужестранному праву. А потому за преступленіе, учиненное въ отечественной области, какъ иностранецъ, такъ и туземецъ судятся по отечественному праву. (О правѣ мѣста преступленія: Зейф. Arch. I. 153, II. 118, III. 295, IX. 247, ср. также XIX. 212; о правѣ мѣста суда тамъ-же II. 4, III. 135, IV. 4, IX. 1, XI. 3. Ср. еще XIV. 197).

[9]) Напримѣръ, заключенъ договоръ о поставкѣ для существующей въ извѣстномъ мѣстѣ фабрики. Или еще проще примѣръ: продается участокъ земли) (Зейф. Arch. VIII. 2).

[10]) Должно, однако, обращать вниманіе на то, насколько это допускается; здѣсь можно примѣнить различіе между принудительнымъ и диспозитивнымъ (условнымъ правомъ (§. 30).

[11]) Савиньи старался установить законъ, по которому во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство имѣетъ твердо опредѣленное мѣсто исполненія, слѣдуетъ принимать, что должникъ желалъ подчиниться праву этого мѣста. Это, безъ сомнѣнія, невѣрно; мѣсто исполненія можетъ быть столь-же безразлично собственно для содержанія обязательства, какъ и случайное мѣсто его возникновенія. Возьмемъ слѣдующій примѣръ. Кто-либо даритъ въ Баваріи извѣстную сумму денегъ, чтобы доставить одаряемому возможность совершить далекое путешествіе, и указываетъ при этомъ, что деньги должны быть выданы ему въ Неаполѣ такимъ то банкиромъ; по закону Савиньи это дареніе должно бы обсуживаться по неаполитанскому праву. Едва-ли вѣрно будетъ, какъ это дѣлаетъ Савиньи, цѣликомъ переносить сюда римскія правила о т. н. forum contractus. Противъ Савиньи тоже Баръ стр. 232 и сл., Шмидтъ стр. 67 и сл. Въ пользу примѣненія права мѣста исполненія обязательства высказались судебныя рѣшенія, приведенныя у Зейф, II. 119, VII. 136, VIII. 3; ср. VII. 28, XIV. 195, XV. 183, XIX 5, XXI. 2. Ср. еще Буддѐ и Шмидта Entscheid. des O. A. G. zu Rostock VI 23.—Объ 6. l. D. de evict. 21. 2 см. Савиньи стр. 252. и сл. Слѣдуетъ ли и вопросъ о давности обсуживать по мѣсту обязательства? Вехтеръ Arch. XXV стр. 408 и сл., Савиньи стр. 273 и сл., Баръ стр. 283 и сл., Шмидтъ стр. 74. Зейф.

4) Семейныя отношенія [11a]) Осѣдлость брачнаго союза опредѣляется мѣстожительствомъ его главы, мужа. Точно также осѣдлость отношенія между родителями и дѣтьми опредѣляется мѣстожительствомъ отца, а за неимѣніемъ отца мѣстожительствомъ матери. Если впослѣдствіи это мѣстожительство будетъ перенесено, то съ того времени примѣняется право новаго мѣстожительства [12]).—Осѣдлость опеки опредѣляется мѣстожительствомъ опекаемаго, ибо иначе пришлось бы для какой-либо отдѣльной части имущества опекаемаго установлять особую мѣстную опеку.

5) Наслѣдное право. Основу наслѣднаго права составляетъ

Arch. II. 120, VI. 1, VIII. 7 № 2, XII. 334 въ концѣ, XIII. 5; VIII. 7 № 1, IX 246, XII. 334, XVI. 90. 184. Конкурсъ: Зейф. Arch. XXII. 113. 114 и цитаты въ № 113.

[11a]) Вехтеръ Arch. XXV стр. 184 и сл., Савиньи стр. 324 и сл., Баръ стр. 321 и сл., Шмидтъ стр. 77 и сл.

[12]) Съ этого времени, то-есть, правоотношенія, возникшія уже въ силу брака и родительскаго союза *независящія отъ дальнѣйшаго существованія послѣднихъ*, остаются неприкосновенными. — Слишкомъ распространено мнѣніе, будто разъ вошедшее въ силу по отношенію къ браку законное имущественное право (Güterrecht) съ переселеніемъ осѣдлости брака не должно измѣняться. Это мнѣніе главнѣйшимъ образомъ опирается на томъ, что посредствомъ заключенія брака имущественное право (Güterrecht) само собою превращается въ договорную норму. (Въ пользу этого судебныя рѣшенія у Зейф. I. 152, X. 221, XIV. 106, XX. 2; безъ ссылки на безмолвный (подразумѣваемый) договоръ IX. 302, XV. 95. Противъ этого VII. 137, XIV. 106 № 2, XVIII. 1, ср. также XIV. 198). Но такъ какъ едва ли нужно доказывать, что весьма часто при заключеніи брака супруги, а въ особенности супруга не имѣютъ никакого опредѣленнаго сознанія объ имущественномъ правѣ возникающемъ изъ брака, и такъ какъ вслѣдствіе того исчезаетъ всякое основаніе подразумѣвать безмолвный договоръ, то Савиньи на мѣсто такого договора поставилъ „добровольное подчиненіе“ супруговъ (стр. 112), различіе, „правда, нѣсколько субтильное“. Но это добровольное подчиненіе онъ видитъ только въ фактѣ непрекословія; непонятно, однако, какимъ образомъ изъ этого факта, насколько онъ не есть изъявленіе воли, можно выводить какія-либо юридическія послѣдствія. Истина въ томъ, что, конечно, *возможно* допустить безмолвный договоръ; но это зависитъ отъ обстоятельствъ даннаго случая. (Въ одномъ изъ рѣшеній высшаго апелляціоннаго суда въ Килѣ отъ 26 ноября 1845, у Зейф. Arch. VII. 137, встрѣчается слѣдующій меткій аргументъ: допущеніе безмолвнаго договора или нельзя вовсе оправдать по отношенію къ праву мѣста возникновенія брака, или равномѣрно можно оправдать по отношенію къ праву новаго мѣстожительства).—Особое изслѣдованіе по этому вопросу составилъ Функъ Arch. f. civ. Pr. XXI. 15. XXII. 5 (1838). Бремеръ Zeitschr. f. deutsch. R. XVIII. 7 (1858).

вступленіе наслѣдника въ имущество умершаго какъ въ идеа льно-единое, а потому осѣдлость имущества въ этомъ смыслѣ, гдѣ бы ни находились его составныя части, будетъ находиться въ мѣстѣ-жительства даннаго лица. На этомъ основаніи наслѣдованіе послѣ кого либо, будетъ-ли то въ силу его послѣдней воли или безъ оной, опредѣляется по праву, господствующему въ мѣстѣжительствѣ этого лица, причемъ не изъемлются и его недвижимыя вещи [13]).

6) Что касается до формы юридическихъ сдѣлокъ, то общегерманскимъ обычнымъ правомъ признано, что достаточно формы, принятой въ томъ мѣстѣ, въ которомъ сдѣлка имѣетъ осуществиться. Но форма эта признается только достаточною, а не необходимою; достаточна также форма того мѣста, гдѣ будетъ предпринята юридическая сдѣлка [14]).

Мѣстожительство *).

§. 36.

Остается еще сдѣлать болѣе точное опредѣленіе понятія мѣстожительства, неоднократно упоминавшагося въ предыдущемъ изложеніи [1]). Мѣстожительствомъ человѣка считается то мѣсто, гдѣ находится средоточіе его отношеній и дѣятельности [2]), хотя

---

[13]) Вехтеръ Arch. XXV стр. 184 и сл. 361 и сл., Савиньи 295 и сл., Баръ стр. 376 и сл., Шмидтъ стр. 93 и сл., Зейф. Arch. I. 92, II. 354, IV. 92, VI. 307. 308, VII. 332, XIII. 121, XIV. 107, XV. 95. Прежде многіе желали и по отношенію къ наслѣдственному праву распространить на недвижимыя вещи право мѣстонахожденія имущества.

[14]) Вехтеръ Arch. XXV стр. 368 и сл. 405 и сл., Савиньи стр. 348 и сл., Баръ стр. 112 и сл., Зейф. Arch. II. 5, X. 220, XVI. 89, XVIII. 204. XIX. 4. 6, XX. 1; XXII. 112. Исключеніе сдѣлано только въ пользу юридической сдѣлки, посредствомъ которой имѣется въ виду пріобрѣсти недвижимую вещь. Вехтеръ Arch. XXX стр. 383, Баръ стр. 203 и сл., Шмидъ стр. 55; Зейф. Arch. VIII. 2, XXII. 214.

*) Кирульфъ стр. 122—128, Савиньи VIII. § 353. 354.

§ 36. [1]) Понятіе мѣстожительства (domicilium) имѣетъ значеніе не только для опредѣленія подлежащаго примѣненію права. Не говоря уже о предписаніяхъ объ участіи въ политическихъ правахъ и повинностяхъ, мѣстожительство оказываетъ рѣшительное вліяніе на опредѣленіе подсудности.

[2]) L. 7 C. de incolis 10. 39: — „in eo(dem) loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus

бы онъ тамъ не только не жилъ постоянно, но обыкновенно пребывалъ лишь кратковременно [3]). Гдѣ именно такое мѣсто, это вопросъ, который разрѣшается въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ путемъ соображенія всѣхъ обстоятельствъ [4]); но для нѣкоторыхъ случаевъ этотъ вопросъ разрѣшается самимъ закономъ [5]). Въ этихъ случаяхъ и воля подлежащаго лица безразлична; за исключеніемъ же этихъ случаевъ установленіе мѣстожительства безъ воли лица невозможно. Но съ другой стороны и одной воли недостаточно, если ей не соотвѣтствуетъ фактическое отношеніе. Тоже должно сказать и о прекращеніи мѣстожительства [6]). Можно имѣть также два мѣста жительства [7]), равно какъ и не имѣть никакого [8]).

---

est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit". L. 203 D. de V. S. 50. 16:—„constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tubulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset". L. 17 § 13 l. 27 § 1 D. ad munic. 50. 1.

[3]) Каковъ, напримѣръ, купецъ, который по роду своихъ занятій вынужденъ круглый годъ проводить въ разъѣздахъ, между тѣмъ какъ дѣлами его дома завѣдываетъ его компаньонъ.

[4]) Ср. Зейф. Arch. X. 12, XV. 65. По одному рескрипту Адріана, если учащійся пробудетъ на мѣстѣ своего ученія 10 лѣтъ къ ряду, то это мѣсто должно считаться его мѣстожительствомъ, I. 2 C. de incol. 10. 39.

[5]) Т. н. законное мѣстожительство (domicilium necessarium). Случаи эти слѣдующіе. Мѣстожительство жены опредѣляется мѣстожительствомъ мужа (domicilium matrimonii, I. 32 I. 38 § 3 D. ad munic. 50. 1, I. 5 D. de R. N. 23, 2), мѣстожительство чиновника—мѣстомъ его службы (I. 8 C. de incol. 10. 39, ср. I. 23 § 1 D. ad munic. 50. 1), ссыльнаго — мѣстомъ ссылки (хотя онъ можетъ удержать за собою и прежнее свое мѣстожительство), I. 22 § 3. 27 § 3 D. ad munic. 50. 1.

[6]) L. 20 D. ad munic. 50. 1. „Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari".

[7]) L. 5 I. 6 § 2 I. 27 § 2. D. ad munic. 50. 1, I. 22 § 3 I. 27 § 3 eod.

[8]) L. 27 § 2 cit.

КНИГА ВТОРАЯ.

О ПРАВАХЪ ВООБЩЕ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

ПОНЯТІЕ И ВИДЫ ПРАВЪ.

Понятіе права.

§. 37.

Задача юридическаго порядка, какъ и задача нравственнаго порядка, заключается въ регулированіи человѣческой воли. Но между тѣмъ какъ нравственный порядокъ предписываетъ, что слѣдуетъ желать [1]), юридическій порядокъ, напротивъ, даетъ предписанія о томъ, что дозволяется желать. Постановляя, что извѣстное содержаніе воли, въ конкретномъ случаѣ, можетъ быть осуществляемо лицомъ независимо отъ воли другихъ лицъ, и что всѣ остальныя воли должны подчиниться ему, юридическій порядокъ создаетъ извѣстное право (т. н. право въ субъективномъ смыслѣ, управомочіе). Стало быть право (управомочіе) есть установленная юридическимъ порядкомъ дозволенность воли (Wollen-Dürfen), есть предоставленная юридическимъ порядкомъ власть или господство [2]). Такъ

---

§ 37. [1]) И упущеніе есть осуществленіе воли.

[2]) Брынцъ, § 23, отличаетъ Dürfen—имѣть право (Befugniss — отдѣльное управомочіе) отъ Können—мочь (Macht—сила, власть); Dürfen: управомочіе (Befugniss) къ фактической дѣятельности, напримѣръ, ходить по извѣстному участку земли. Können: власть, возможность установить извѣстное юридическое отношеніе, напримѣръ, учредить сервитутъ. Различіе это вѣрно, но Брынцъ придалъ ему боль-

какъ задача государства состоитъ въ охраненіи юридическаго порядка, то отсюда непосредственно вытекаетъ, что въ случаѣ надобности оно доставляетъ возможность осуществить эту власть или господство посредствомъ принужденія, но принужденіе не непремѣнно входитъ въ понятіе права.

Отъ понятія права нужно отличать понятіе правоотношенія. Правоотношеніемъ называется юридически опредѣленное отношеніе. Оно можетъ быть либо только правоотношеніемъ, то-есть такимъ отношеніемъ, которое впервые создается юридическимъ порядкомъ, напримѣръ, собственность, либо въ тоже время фактическимъ отношеніемъ, которое лишь признается юридическимъ порядкомъ, напримѣръ, владѣніе [3]).

шее значеніе, чѣмъ оно повидимому имѣетъ. Какъ бы то ни было, оба эти случая имѣютъ между собою то общее, что какъ въ томъ, такъ и въ другомъ извѣстному содержанію воли приписывается право на общее признаніе. — Противъ названія „господство воли“ (Willensherrschaft) высказывается Фиттингъ die Natur der Correalobligationen стр. 28 прим. 31; но его доводы не убѣдительны. См. также Бринца kr. Blätter III стр. 3, Дернбурга Pfandrecht I стр. 105 прим. 3.—Иеринг, Geist des römischen Rechts III § 60. 61, вовсе не допускаетъ, чтобъ опредѣленіе права можно было строить на волѣ. Самъ онъ опредѣляетъ право (гражданское), какъ интересъ, защиты котораго заинтересованный можетъ требовать посредствомъ иска. Этимъ онъ хочетъ сказать, что цѣль правъ есть удовлетвореніе человѣческихъ интересовъ. Это, конечно, справедливо, но не составляетъ опредѣленія права. Иеринг ссылается на то, что и неспособный имѣть волю можетъ имѣть права. Будь этотъ аргументъ убѣдителенъ, то имъ же можно было бы опровергнуть опредѣленіе Иеринга; ибо не имѣющій воли не можетъ и искать въ судѣ. Иеринг не сомнѣвается, что вмѣсто неимѣющаго воли можетъ отъ его имени искать въ судѣ другой, отчегожъ бы ему и по отношенію къ нашему опредѣленію не допустить, что отъ имени управомоченнаго можетъ хотѣть (осуществить конкретное содержаніе воли, коему юридическій порядокъ сообщилъ обязательную силу) другой?

[3]) Правоотношеніе не всегда понимается съ надлежащею ясностью и опредѣленностью. А именно часто не сознаютъ или надлежащимъ образомъ не разграничиваютъ указаннаго въ текстѣ двоякаго значенія, въ которомъ употребляется это слово въ обыденной рѣчи, чѣмъ, между прочимъ, затруднялось и рѣшеніе вопроса есть ли система гражданскаго права система правъ или система правоотношеній (§ 13). Далѣе правоотношеніе нерѣдко односторонне называютъ отношеніемъ между тѣмъ и другимъ лицомъ. Собственность и владѣніе суть правоотношенія, но не между лицами, а между лицомъ и вещью. Наконецъ, нельзя также согласиться съ тѣмъ (Савиньи I. §. 4, Пухта §. 29), будто право есть одна изъ сторонъ правоотношенія, выдѣленная посредствомъ абстракціи, а правоотношеніе есть сумма правъ. Возможное выставляется здѣсь какъ существенное; изъ сдѣлки займа, напри-

Подъ юридическимъ институтомъ разумѣется совокупность юридическихъ предписаній, относящихся къ извѣстному правоотношенію. Въ этомъ смыслѣ собственность, владѣніе, бракъ, обязательство, договоръ и т. д. называютъ также юридическими институтами.

Виды правъ.

Вещныя и личныя права, семейныя и имущественныя права.

§ 38.

Существенное различіе (частныхъ) правъ главнымъ образомъ обусловлено различіемъ ихъ предмета[1]), то есть, того, чему рѣшительною нормой служитъ управомоченная воля. Правда, въ окончательномъ результатѣ то, чему рѣшительною нормой служитъ управомоченная воля, есть во всѣхъ правахъ одно и тоже, именно воля лицъ, противопоставленныхъ управомоченному. Но не для всѣхъ правъ эта воля есть ближайшій и непосредственный предметъ; такимъ предметомъ можетъ быть также 1) собственная личность и 2) безличная часть внѣшняго міра, вещь. Затѣмъ отъ правъ на собственную личность и правъ на вещи отличаются: 3) тѣ права, непосредственнымъ предметомъ которыхъ служитъ чужая личность.

§ 39.

Что есть права, имѣющія своимъ предметомъ собственную личность управомоченнаго, это также несомнѣнно, какъ несомнѣнно и то, что нѣтъ надобности особо излагать ихъ въ системѣ гражданскаго права.

Волю человѣка можно представить себѣ рѣшительною нормой для собственной личности прежде всего со стороны ея тѣлеснаго существованія. Съ этой стороны человѣку принадлежитъ право на

мѣръ, не возникаетъ ничего, кромѣ права кредитора. Ср. также, отчасти уклоняющееся отъ другихъ, но не убѣдительное мнѣніе Нейнера Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisze (1866) стр. 4—13. Объ этомъ сочиненіи см. Бюркеля, krit. VL Schr. XI стр. 191 и сл

§ 38. [1]) Сравни Унгера I стр. 499—503.

жизнь и отправленія, въ коихъ проявляется его физическая жизнь, далѣе право на тѣлесную цѣлость, наконецъ, право на безпрепятственное распоряженіе относительно своего тѣла (свобода). Права эти нѣтъ надобности особо излагать въ системѣ гражданскаго права, такъ какъ ни существованіе, ни границы ихъ не могутъ оспариваться; что же касается нарушенія ихъ, то изъ него, насколько оно возможно, возникаютъ (если вообще возникаютъ гражданскія послѣдствія) самостоятельныя права (права требованія). Далѣе, волю человѣка можно представить себѣ рѣшительною нормой для собственной его личности со стороны ея духовнаго существованія. Отсюда выводятъ право на осуществленіе различныхъ отправленій духа. Но отчасти и это право не можетъ подлежать спору и нарушенію ни со стороны своего существованія, ни со стороны своего объема; таково, напримѣръ, право на пользованіе своею способностью мыслить и чувствовать; тоже должно сказать о правѣ на пользованіе своею способностью воли, на сколько это пользованіе не вліяетъ на чужую личность или чужую вещь. Но коль скоро пользованіе способностью воли выходитъ за предѣлы собственной личности, вопросъ о правомѣрности или неправомѣрности этого пользованія тожественъ съ вопросомъ о содержаніи всего остальнаго юридическаго порядка [1. 2]).

---

[1]) Противъ допущенія права на собственную личность Савиньи (I стр. 336) возражалъ, что такое допущеніе, будучи проведено послѣдовательно, поведетъ къ признанію права на самоубійство. Ничуть: изъ него лишь слѣдуетъ, что самоубійца не нарушаетъ права другихъ лицъ. Ибо все гражданское право занимается лишь разрѣшеніемъ вопроса, насколько воля отдѣльнаго лица обязательна для другихъ противопоставленныхъ ему лицъ.—Въ совершенно особомъ смыслѣ говоритъ о правахъ на собственную личность Пухта (Rhein. Mus. III стр. 305, Inst. I §. 3, Pand. § 22. 46, 114 и сл. и Vorles.). Подъ ними онъ разумѣетъ тѣ права, въ которыхъ воля сама для себя служитъ объектомъ, но не въ томъ смыслѣ, чтобъ она требовала признанія своего содержанія, а въ томъ смыслѣ, что она требуетъ признанія себя самой въ качествѣ воли лица; вотъ почему и Пухта называетъ право на собственное лицо правомъ личности. Относительно этого воззрѣнія Пухта не нашелъ себѣ послѣдователей. И въ самомъ дѣлѣ, ясно, что его „право личности“ не есть ни право на собственное лицо, ни вообще право. Признаніе воли человѣка in abstracto, какъ воли, которая можетъ быть и управомоченною, есть нѣчто такое, что составляетъ основу всякаго управомочія, но сама эта воля вовсе не есть право. Противъ Пухты ср. Савиньи I. стр, 337. а, Шретера § 39.

§ 40.

Права, непосредственный предметъ которыхъ есть вещь, то есть, часть не одареннаго разумомъ внѣшняго міра, носятъ названіе вещныхъ правъ (dingliche Rechte) [1]. Отличительный признакъ этихъ правъ заключается въ томъ, что управомоченная воля можетъ служить рѣшительною нормой либо для совокупности всѣхъ отношеній вещи, — что составляетъ сущность права собственности, — либо для одного или нѣсколькихъ ея отдѣльныхъ отношеній, въ то время какъ совокупность всѣхъ отношеній, этой вещи подчинена чужой волѣ: это вещныя права на чужую вещь [2].

§ 41.

Права, непосредственный предметъ которыхъ есть чужая лич-

---

krit. Iahrb. IV стр. 294, Арндтса тамъ же VII стр. 298, Синтениса Zeitschr. f. civ. и Pr. XIX стр. 43—49. Пухта подводитъ подъ эти права на собственную личность и владѣніе; объ этомъ § 148 прим. 6, § 150 прим. 5. — И Нейнеръ (§37. прим. 3) стр. 15 и сл., также говоритъ о „правѣ личности“ и опредѣляетъ его какъ: право лица быть самому себѣ цѣлью, признавать и развивать себя какъ самоцѣль. Къ содержанію этого права онъ относитъ между прочимъ и право совершать юридическія сдѣлки и въ ученіи о правѣ личности онъ излагаетъ въ связи съ нимъ и ограниченіе дѣеспособности и опеку. Опроверженіе этого завело бы слишкомъ далеко.

[2]) Вмѣсто категоріи правъ на собственную личность иные вводятъ категорію личныхъ правъ (Personenrechte), которыя называютъ также правами состоянія (Statusrechte, Zustandsrechte), ср. именно Вехтера II § 45. Они разумѣютъ подъ ними такія права, которыя принадлежатъ лицу какъ лицу, „потому именно, что оно есть лицо“ или «вслѣдствіе его положенія въ извѣстныхъ единичныхъ продолжительныхъ поземельныхъ отношеніяхъ“, а также и въ семьѣ. Эта категорія ведетъ свое начало отъ римской категоріи ius quod pertinet ad personas. Это ius quod pertinet ad personas обнимаетъ собою правоположенія, относящіяся къ лицу, разсматриваемому внѣ имущественныхъ отношеній, и трактуетъ въ частности о томъ, что называли status libertatis, civitatis, familiae. Ср. § 55 прим. 8 и Унгера I § 60.

§ 40. [1]) Другія, нынѣ уже отвергнутыя воззрѣнія на вещное право (Ср. Вехтера Erörter. I. 4, Вангерова I. § 113, Унгера I стр. 511—513) суть: 1) вещное право есть право, могущее быть отыскиваемо у всякаго; 2) право, охраняемое въ римскомъ правѣ in rem actio (Тибо Versuche II № 2); 3) право собственности и всѣ права, на которыя распространяется искъ о собственности (Дюруа Arch. f. civ. Pr. VI. стр. 252 и сл. 368 и сл., противъ этого Пухта Rhein. Mus. I. стр. 286 и сл.). Ср. также Вехтера Erörter. I. стр. 109—111.

[2]) Ср. ниже §. 167.

ность, имѣютъ своимъ (непосредственнымъ) содержаніемъ подчиненіе воли этой личности. Такое подчиненіе можетъ быть болѣе или менѣе обширно. Когда это подчиненіе достигаетъ высшей степени, то говорятъ о власти надъ чужою личностью. Римское право знало такіе виды власти, которые отрицали всякую волю у подчиненнаго по отношенію къ управомоченному; нынѣшнее право уже не знаетъ подобной власти.—Гораздо важнѣе слѣдующее различіе между относящимися сюда правами. Они либо расширяютъ власть лица, какъ лица, доставляя ему что либо ради него самого, либо вытекаютъ изъ семейной связи, въ которой состоитъ лицо. Семья есть правоотношеніе, но не исключительно и не преимущественно; она получаетъ свое устройство прежде всего отъ нравственнаго закона, она налагаетъ обязанности, но не даетъ правъ, обязанности же эти имѣютъ своимъ предметомъ не столько опредѣленныя внѣшнія дѣйствія, сколько подчиненіе извѣстнымъ требованіямъ нравственнаго чувства. Въ этомъ то устройствѣ застаетъ семью право и старается по возможности сообщить свою санкцію присущимъ ей нравственнымъ началамъ. Насколько оно при этомъ повелѣваетъ одному подчинить свою волю другому, настолько можно сказать, что оно даетъ этому другому извѣстное право. Но это право существенно отличается отъ всѣхъ остальныхъ правъ Оно возникаетъ сначала изъ обязанности; обязанность есть основаніе, а право—послѣдствіе; между тѣмъ какъ всѣ остальныя права возникаютъ не изъ обязанности, напротивъ: сами обязанности проистекаютъ изъ правъ [1]). Но воззрѣніе это не есть первоначальное воз-

---

[1]) Слишкомъ далеко идетъ мнѣніе (Савиньи I § 54, Спитепись Zeitschr. f. Civ. u, Proz. XIX стр. 66 и сл., Рудорфъ zu Puchta Vorles. § 46 Anm 1, Унгеръ I § 60 въ кон.), будто взаимное подчиненіе лицъ, связанныхъ семейными узами, не относится къ юридическому содержанію семейныхъ отношеній, но будто это послѣднее касается лишь условій возникновенія и прекращенія этихъ отношеній, и вліянія, оказываемаго ими на другія отношенія, именно имущественныя. Право мужа требовать возвращенія жены въ оставленное ею супружеское жилище, право отца на послушаніе дѣтей, есть, конечно, иное право, чѣмъ право вѣрителя по отношенію къ своему должнику, но все-таки право.— Бринцъ § 22. (см. также стр. 1151. 1208) желаетъ совершенно выключить семейныя права изъ сферы гражданскаго права. „Тамъ, гдѣ во всякомъ правѣ заключается вмѣстѣ и обязанность, какъ, напримѣръ, въ отеческой и опекунской власти, тамъ прекращается эгоизмъ права, а слѣдовательно, и гражданское право“. Но и онъ зашелъ уже слишкомъ далеко. Это, конечно, права ради семьи, но все-таки это не тѣ семейныя права, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь. § 41.

зрѣніе римскаго права. По первоначальному воззрѣнію римскаго права, права мужа и отца по отношенію къ женѣ и дѣтямъ суть чистѣйшія права и стоятъ на одной линіи съ прочими правами, предоставленными управомоченному ради него самого. Но въ новѣйшемъ римскомъ правѣ эти права являются столь ослабленными, что они уже не выходятъ изъ предѣловъ того, что противной сторонѣ предписывается обязанностью.

Тѣ права на другія лица, основа коихъ заключается не въ нравственной идеѣ семьи, называются правами требованія (Forderungsrechte) или обязательственными правами (Obligationen-обязательства). Для обозначенія правъ на чужую личность, въ отличіе отъ вещныхъ правъ, вообще удобно выраженіе личныя права; но оно обыкновенно употребляется лишь для обозначенія правъ требованія [2]).

§. 42.

Права требованія и вещныя права сходятся въ томъ, что они принадлежатъ управомоченному ради него самого. Это общее ихъ свойство обозначаютъ словами имущественныя права (Vermögensrechte) [1]).

Принадлежащія извѣстному лицу имущественныя права составляютъ его имущество (Vermögen). Однако имущество разсматривается въ правѣ не только какъ сумма, агрегатъ отдѣльныхъ имущественныхъ правъ лица, но и какъ ихъ совокупность, какъ ихъ единство, то-есть, какъ нѣчто цѣлое сравнительно съ своими частями, какъ такой предметъ, который подлежитъ особымъ юридическимъ опредѣленіямъ [2]). Но если имущество разсматривается въ этомъ смыслѣ,

---

[2]) Въ иномъ еще смыслѣ подъ личными правами разумѣютъ тѣ права, которыя неразрывно связаны съ личностью управомоченнаго (называемыя также höchst persönliche Rechte). Ср. также Вехтера Erörter. I. стр. 107—109.

§ 42. [1]) Савиньи I. §. 340. в. „Нѣмецкое названіе указаннаго юридическаго понятія есть самое ясное изъ всѣхъ найденныхъ для него названій. Ибо имъ непосредственно выражаются: существо понятія, власть, приростающая къ намъ вслѣдствіе существованія этихъ правъ, и то, что мы посредствомъ нихъ въ состояніи или въ правѣ (vermögen) осуществить“. Впрочемъ, и римляне говорили о „facultates“, напримѣръ, I. 5. § 19. D. de agnosc. 25. 3, I. 16 pr. D. ad. SC. Treb. 36. 1. Нейнеръ (§. 37 прим. 3) стр. 43.

[2]) Понятіе о совокупности или цѣломъ, какъ о томъ, что должно быть отличаемо отъ суммы частей, — понятіе, о которомъ уже выше было ска-

то къ нему причисляются не только права лица, но и обязанности его. Отсюда слѣдуетъ отличать имущество въ естественномъ смыслѣ отъ имущества въ юридическомъ смыслѣ [3]).

Въ обыкновенномъ словоупотребленіи, возникшемъ въ самой жизни и удержанномъ въ техникѣ права, принято вмѣсто права собственности называть ту вещь, на которую это право распространяется [4]). Продолжая идти по этому пути, представляютъ себѣ и остальныя имущественныя права, то-есть права на чужія вещи и права требованія, насколько они тоже составныя части имущества, какъ вещи, и въ отличіе отъ физическихъ, тѣлесныхъ вещей называютъ ихъ безтѣлесными, такъ какъ они существуютъ лишь въ пред-

---

зано, что оно въ высшей степени важно для права (§. 1. прим. 1.), находитъ себѣ здѣсь новое примѣненіе. Римляне обозначали его словомъ universitas. Имущество есть universitas правъ и обязанностей; ниже мы познакомимся съ universitates вещей и лицъ.

[3]) L. 208 D. de V. S. 50. 16, I. 3. pr. D. de B. P. 37. 1; I. 39 § 1 I. 49 D. de V. S. Въ послѣднемъ мѣстѣ рѣзко выступаетъ противоположность между естественнымъ и юридическимъ понятіемъ имущества. „Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse“. Но это естественное понятіе имущества для права безразлично; изъ соединенія во едино только имущественныхъ п р а в ъ, съ точки зрѣнія права, не возникаетъ новой, подлежащей особымъ опредѣленіямъ вещи. Юридическое же понятіе имущества въ приведенномъ мѣстѣ не развивается далѣе.—Различныя стороны имущества въ юридическомъ смыслѣ обозначаются выраженіями: активное и пассивное имущество.—Нейнеръ (§ 37 прим. 3) вводитъ (стр. 90 и сл.) новое понятіе имущества въ юридическомъ смыслѣ, или, какъ онъ выражается, „идеальнаго имущества“. Оно состоитъ у него, во первыхъ, изъ имущественной способности (Vermögensfähigkeit), которая мыслится въ правѣ какъ способность объектированная и возводится въ безтѣлесное достояніе (человѣкъ о б л а д а е т ъ имущественною способностью) и лишь во-вторыхъ, въ активѣ и пассивѣ, которые суть не составныя части, а лишь принадлежности (Dependenzen) имущества, такъ что истиннымъ субъектомъ ихъ будетъ не столько человѣкъ, сколько его идеальное имущество. Я не думаю, чтобъ это воззрѣніе нашло себѣ приверженцевъ. М а н д р и Begriff und Wesen des Peculium стр. 13.

[4]) Говорятъ, напримѣръ, что имущество состоитъ изъ поземельныхъ участковъ, движимыхъ вещей, хотя та или другая вещь лишь тогда будетъ дѣйствительно составною частью нашего имущества, когда она будетъ принадлежать намъ на правѣ собственности. Говорятъ объ обладаніи, пріобрѣтеніи и т. д. извѣстной вещи и разумѣютъ при этомъ обладаніе, пріобрѣтеніе и т. д. права собственности на нее.

ставленіи, а не въ физической дѣйствительности [5]). Затѣмъ такою же безтѣлесною вещью представляется и само имущество, то-есть совокупность его отдѣльныхъ составныхъ частей, ибо и оно, будучи только такою совокупностью, будучи самостоятельною вещью лишь сравнительно съ своими частями, имѣетъ не реальное, а воображаемое бытіе [6]). Не слѣдуетъ этой совокупности имущественныхъ предметовъ, понимаемой какъ одна вещь, придавать большее значеніе въ правѣ, чѣмъ она дѣйствительно имѣетъ. Неосмотрительное проведеніе этой точки зрѣнія можетъ привести къ тому, что всѣ имущественныя права пришлось бы подчинять однимъ и тѣмъ же юридическимъ началамъ, а именно началамъ, коимъ

---

[5]) L. 1 § 1 D. de R. 1. 8 (=tit. I. de rebus corporalibus et incorporalibus 2. 2). „Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argumentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquomodo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in heriditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur". Ошибка въ томъ что, въ дѣленіи res на corporales и incorporales подъ res разумѣются права (Бухгольца Versuche № 1). Res обозначаетъ составныя части имущества. Противоположностью безтѣлесной вещи будетъ не право собственности (въ качествѣ ius corporale, какъ думаетъ Бухгольцъ), а вещь тѣлесная. Ср. еще Вехтера II стр. 207—210, Унгера I стр. 358—361.

[6]) Такъ какъ само имущество есть вещь безтѣлесная („iuris nomen" I. 178 § 1 D. de V. S. 50. 16, „iuris intellectum habet" l. 50 pr. D. de H. P. 5. 3), то оно есть совокупность тѣлесныхъ и безтѣлесныхъ вещей, universitas rerum. Если прежде его называли universitas iuris (не iurium), то этимъ хотѣли выразить, что оно есть цѣлое лишь вслѣдствіе предписанія права, въ противоположность т. н. universitas hominis или facti, возникающей вслѣдствіе фактическаго соединенія во едино (напримѣръ, стадо, библіотека). Это противоположеніе ошибочно; ибо имущество все-таки есть прежде всего фактическое соединеніе воедино, а т. н. universitas facti есть также юридическое соединеніе. См. объ этомъ дѣленіи и объ особенностяхъ, ошибочно приписанныхъ universitas iuris, изслѣдованія Гассе и Мюленбруха Arch. f. civ. Pr. V. 1 и XVII. 12, далѣе Вехтера Erörter. I. 1., также Синтенса I § 41 прим. 60, Вангерова I § 71 прим, Унгера I стр. 470—475. Бехмана Dotalrecht II стр. 178 и сл., Мандри Begriff und Wesen des Peculium стр. 15 и сл. 45 сверху 47 и сл.

подчиняется право собственности. Римское право и не думало доходить до такой крайности; до какой степени оно дѣйствительно доводило юридическое уравненіе тѣлесныхъ вещей съ безтѣлесными, о томъ будетъ сказано при изложеніи отдѣльныхъ вопросовъ права. При этомъ разрѣшенъ будетъ и вопросъ, могутъ ли и безтѣлесныя вещи быть объектомъ права. Здѣсь же слѣдуетъ указать только на то, что на вопросъ этотъ, вслѣдствіе логическихъ основаній, нельзя отвѣчать отрицательно. Понятіе: право на право (an einem Rechte)не есть, какъ думали прежде, логическая нелѣпость. Право на право имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда кто-либо имѣетъ право пользоваться тою властью, которая составляетъ содержаніе права, принадлежащаго другому [7]).

Притязанія.

§. 43.

Подъ притязаніемъ (Anspruch) разумѣется собственно аткое основаніе, когда одно лицо требуетъ что-либо у другаго. Но принято подъ притязаніемъ разумѣть не только фактъ требованія, но и самое право (Befugniss) требовать, слѣдовательно, признанная закономъ власть что-либо требовать отъ другаго [1]). Въ такомъ смыслѣ это слово и употреблено здѣсь.

Притязаніе не есть особый видъ права, а лишь одна изъ функцій права. Притязаніе есть право, направленное къ подчиненію человѣческой воли. Но такъ какъ подчиненіе чужой воли есть то, къ чему въ существѣ направлены всѣ права (§ 38), то позволительно сказать, что всякое право состоитъ въ соотвѣтствующемъ ему при-

---

[7]) Ср. еще Нейнера (§ 37 прим. 3) стр. 52, 53, Беккера krit. V. J. Schr. VI стр. 479, Бюркеля Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch стр. 20—25, Ф. П. Бремера das Pfandrecht und die Pfandobjecte стр. 36 и сл. 84 и сл.

[1]) Говорятъ: у даннаго лица есть притязаніе, данному лицу принадлежитъ притязаніе (Anspruch), но не прибавляютъ: юридически признанное притязаніе. Этотъ оборотъ рѣчи, въ которомъ для обозначенія права называютъ фактъ, весьма употребителенъ и въ римскомъ правѣ. Выраженія: ususfructus, pignus, emphyteusis, superficies ближайшимъ образомъ означаютъ нѣчто фактическое, а между тѣмъ они суть самыя употребительныя названія права. Непосредственно сюда же относится выраженіе actio. Ср. § 44 прим. 2. § 43.

тязаніи. Но при этомъ упущено было бы изъ виду, что не всѣ права направлены непосредственно на подчиненіе чужой воли и что непосредственный предметъ именно вещныхъ правъ (о правахъ на собственную личность послѣ сказаннаго въ §. 39 можно и не говорить) есть вещь, а непосредственное содержаніе ихъ—господство надъ вещью. Власть (Befugniss) что-либо требовать отъ другихъ, напримѣръ, чтобъ они не сопротивлялись этому господству, есть только слѣдствіе вещнаго права; между тѣмъ какъ права требованія и семейныя права имѣютъ своимъ непосредственнымъ содержаніемъ господство надъ чужою волею и состоятъ потому въ соотвѣтствующихъ имъ притязаніяхъ, исчезаютъ въ этихъ притязаніяхъ [2]).

Въ связи съ указаннымъ здѣсь различіемъ находится еще другое. Такъ какъ вещное право имѣетъ своимъ непосредственнымъ содержаніемъ господство надъ вещью, то соотвѣтствующее ему притязаніе [2a]) можетъ быть направлено не противъ опредѣленнаго обязаннаго лица, но противъ всякаго. Напротивъ того, притязаніе соотвѣтствующее праву требованія, какъ и самое право требованія, можетъ быть направлено только противъ одного опредѣленнаго лица. Въ этомъ отношеніи семейноправныя притязанія, касательно взаимныхъ отношеній членовъ семьи, по характеру своему сходны съ притязаніями требованія; но такъ какъ возможно и внѣшнее нарушеніе состоянія, соотвѣтствующаго нравственной идеѣ семейныхъ правъ, то существуютъ также и семейноправныя притязанія безъ опредѣленнаго противника [4 5]). Впрочемъ, ука-

---

[2]) Приведенное въ текстѣ ошибочное воззрѣніе было прежде очень распространено и оказало сильное вліяніе на новѣйшія законодательства. Ср. Виндшейда die Actio des röm Civilr. стр. 19—23.

[2a]) Нейперъ (§ 37 прим. 3) неосновательно утверждаетъ (стр. 153. 157. 158. 171), будто до нарушенія вещныхъ правъ о какомъ либо соотвѣтствующемъ имъ притязаніи и рѣчи быть не можетъ. Если до нарушенія вещнаго права существуетъ обязанность другихъ лицъ не противодѣйствовать этому праву, то, значитъ, существуетъ и право требовать сообразнаго съ этою обязанностью отношенія.

[3]) Напримѣръ, задержаніе жены или дѣтей третьимъ лицомъ.

[4]) См. II § 490 № 5, II § 520 № 2. Однако, это направленіе съ внѣшней стороны составляетъ въ семейноправныхъ притязаніяхъ нѣчто подчиненное, тогда какъ въ имущественныхъ притязаніяхъ оно есть нѣчто существенное, даже исключительное.

занное здѣсь различіе между вещными притязаніями и притязаніями требованія не безусловно. Ибо, съ одной стороны, и при правахъ требованія можетъ случиться, что они будутъ направлены противъ неизвѣстнаго обязаннаго лица, впервые опредѣляемаго лишь извѣстнымъ отношеніемъ, такъ что и соотвѣтствующее имъ притязаніе можетъ быть направлено хотя не противъ всякаго вообще, но противъ всякаго, вступающаго въ это отношеніе [6]). Съ другой стороны, и съ сущностью вещныхъ правъ не несогласно то, что отъ дѣйствія ихъ изъемлются извѣстныя лица, такъ что эти лица могутъ устроить отъ себя притязаніе, вытекающее изъ вещнаго права [7]). Да и независимо отъ того, на-

---

[5]) На противоположности между опредѣленностью и неопредѣленностью отвѣтчика въ соотвѣтствующихъ правамъ притязаніяхъ построено различіе между правами абсолютными и относительными. Нейнеръ (§ 37 прим. 3) не признаетъ (стр. 40 и сл. 70 и сл. 152) этого различія основательнымъ, ибо и обязательственное право (Forderungsrecht) оказываетъ свое дѣйствіе не только во внутреннихъ отношеніяхъ, но и внѣшнихъ. Но это несправедливо. Относительно т. н. права на признаніе см. § 45 въ кон., дѣяніе же третьяго лица, препятствующее осуществленію обязательственнаго права, не есть нарушеніе этого права, но лишь обязываетъ къ вознагражденію за вредъ и убытки, если дѣяніе, изъ котораго возникаетъ означенное препятствіе, само по себѣ неправомѣрно (I. 18 §. 5 I. 19 D. de dolo 4. 3), такъ что и въ этомъ случаѣ право требованія является въ качествѣ имущественной цѣнности, а не въ качествѣ господства воли. Унгеръ I § 62 прим. 8. Ф. П. Бремеръ das Pfandrecht und die Pfandobjecte стр. 16 и сл. 93 и сл.

[6]) Такъ, напримѣръ, право требованія и искъ, возникающіе для кого-нибудь изъ того, что онъ былъ принужденъ къ совершенію юридически вреднаго для себя дѣйствія, могутъ быть направлены противъ всякаго, въ чьихъ рукахъ находится что-либо изъ утраченнаго вслѣдствіе этого дѣйствія. Ср. § 45 прим. 6.—Цибартъ die Realexecution und die Obligation (Halle 1866) стр. 192 и сл. утверждаетъ, что по нынѣшнему праву всякое право требованія, направленное на dare или tradere какой-либо вещи („Recht zur Sache"—право къ вещи) имѣетъ силу противъ всякаго, кто пріобрѣлъ эту вещь, зная о существованіи этого права требованія; это вытекаетъ будтобы изъ признаннаго въ нынѣшнемъ правѣ реальнаго исполненія (Realexecution). Я не могу признать этого вывода вѣрнымъ, но если бы онъ даже былъ вѣренъ, то я не вижу основанія, почему долженъ отвѣчать только недобросовѣстный пріобрѣтатель. Дегенколбъ krit. VJSchr. IX стр. 205 и сл. 229 и сл. Брюннекъ über den Ursprung des s. g. jus ad rem. Berlin 1869.

[7]) Сюда именно относится actio Publiciana. Впрочемъ, ср. Савинья V стр. 26 и сл., Вехтера Erörter. I стр. 92 и Handbuch II § 46 прим. 13. 21.

рушеніе каждаго вещнаго притязанія даетъ ему опредѣленнаго отвѣтчика. Какъ скоро данное лицо вступаетъ въ противорѣчіе съ такимъ притязаніемъ, то притязаніе это направляется противъ этого лица такимъ же точно образомъ, какъ возникающее изъ права требованія притязаніе уже напередъ направлено противъ даннаго лица. И дѣйствительно, въ этомъ случаѣ возникаетъ отношеніе, совершенно аналогическое съ тѣмъ, какое является въ притязаніи изъ права требованія; отъ извѣстнаго лица требуется опредѣленное проявленіе воли, и притомъ имущественнаго характера [8]). Тѣмъ не менѣе различіе тутъ въ томъ, что притязаніе вчинается на основаніи вещнаго права, а не на основаніи права требованія. А потому и самое юридическое пониманіе того и другаго притязанія, хотя во многихъ отношеніяхъ и сходно)[9], но вовсе не тожественно.

§. 44.

То, что мы назвали притязаніемъ (Anspruch), римляне называютъ actio. Actio есть судебное преслѣдованіе [1]); слѣдовательно, желая сказать, что кто-нибудь имѣетъ право требовать чего-либо отъ другаго, римляне говорятъ, что онъ имѣетъ право отыскивать предъ судомъ то, чего онъ требуетъ отъ другаго [2]). Это римское воззрѣ-

---

Арндтсъ R. Lex. V стр. 211 прим. 28, Франке Commentar über den Pandektentitel Hereditatis Petitione стр. 143.

[8]) Въ § 21 de exc. 4 13 для вещнаго притязанія употреблено даже выраженіе obligatio. Бехтеръ Erört. III. отр. 8 прим. 10. См. впрочемъ и Гуго civ Magazin III стр. 392.

[9]) Дѣйствительно, существуетъ цѣлый рядъ ученій, прилагающихся къ обоимъ родамъ притязаній; такъ, ученіе о неоплатномъ долгѣ (Verschuldung) (невозможности удовлетворенія), объ интересѣ (vom Interesse), о просрочкѣ, о мировой сдѣлкѣ (Vergleich) и т. д. Вотъ отчего чрезвычайно трудно расположить систему,—если не вводить особаго отдѣла „о притязаніяхъ“, противъ чего говоритъ весьма многое.

§ 44. [1]) Agere: дѣйствовать; далѣе: дѣйствовать предъ судомъ; обыкновенно-же имъ обозначается дѣятельность нападающей стороны,—дѣятельность, которую мы называемъ искомъ (Klage). Слѣдуетъ имѣть въ виду, что нѣмецкое выраженіе основано на представленіи, совершенно чуждомъ римскому выраженію, именно представленіе о жалобѣ предъ судомъ (Sichbeklagen, Sichbeschweren) (ср. прим. 5).

[2]) Actio, совершенно подобно нѣмецкому выраженію Anspruch (притязаніе) (§ 43 прим. 1), само по себѣ обозначаетъ только фактъ, но оно есть въ тоже время весьма употребительное названіе права на фактъ. L. 51 D. de O. et A. 44. 7 (ср. pr. I de act. 4. 6): „Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, in dicio persequendi“.

ніе объясняется исторически; но намъ оно чуждо [2]). Если бы мы нынѣ вздумали говорить о правахъ на судебное преслѣдованіе, объ исковыхъ правахъ, вмѣсто просто правопритязаній, то мы назвали бы слѣдствіе причиною; у насъ право на судебное преслѣдованіе, при наличности признанія защищаемаго права, разумѣется само собою [4]), и судебнаго преслѣдованія безъ такого признанія не существуетъ.—Еще неправильнѣе, что нерѣдко случается, смотрѣть на римскую actio какъ на новое право, возникающее изъ права чрезъ нарушеніе его [5]); моментъ правонарушенія совершенно чуждъ понятію actio [6]).

---

[3]) Конечно, содѣйствовалъ тому и „практическій взглядъ“ римлянъ, которые „смотрѣли на право какъ на нѣчто движущееся, борющееся, дѣятельное“ (Кирульфъ стр. 156); но истинная и рѣшительная причина не въ этомъ. Такою причиною была самостоятельность процесса по отношенію къ нормамъ права, продолжавшаяся у римлянъ во времена республики и даже въ началѣ императорскаго періода. Эта самостоятельность проявляется уже во времена legis actiones, когда рѣшеніе о правѣ и неправѣ основывалось не столько на lex, сколько на судебной формулѣ и ея толкованіи (Виндшейдъ die Actio, Abwehr и т. д. стр. 1. 2, Игерингъ Geist des röm. R. II стр. 671—675), а еще болѣе проявляется она въ формулярномъ процессѣ, по которому магистратъ давалъ судебную защиту и отказывалъ въ ней, не будучи связанъ въ этомъ отношеніи iure. Такимъ образомъ у римлянъ всякій, кто желалъ знать, будетъ ли его притязаніе успѣшно, долженъ былъ сообразить не то, будетъ ли за него ius, а то, можетъ ли онъ воспользоваться actio и какою именно. Ср. еще прим. 6 во второй половинѣ.

[4]) Obligationes naturales, какъ нѣчто совершенно аномальное и исключительное, не должны приниматься въ разсчетъ, когда дѣло идетъ объ изслѣдованіи сущности правъ. См. ниже ученіе о естественныхъ обязательствахъ (II § 287 и сл.) и Виндшейда die Actio, Abwehr и т. д. § 8. Какъ бы то ни было римляне вовсе не думали, говоря объ actio, противополагать ей naturalis obligatio.

[5]) Въ заблужденіе вводитъ тутъ нѣмецкое выраженіе Klage (искъ) (прим. 1). Объ искѣ, то-есть, о жалобѣ предъ судомъ, не можетъ быть и рѣчи до тѣхъ поръ, пока не причинено неправо.

[6]) Сказанное въ текстѣ есть главная мысль слѣдующаго сочиненія: Виндшейда die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (1856). Ср. съ нимъ возраженіе Мутера: zur Lehre von der römischen Actio и т. д. (1857), а въ свою очередь противъ него: Виндшейда die Actio, Abwehr gegen D-r. Theodor Muther (1857); рецензія всего этого Кунце въ Schletter's Jahrb. V стр. 1—16 и сл. (1859) и Циммермана въ Heidelb. krit. Zeitschr. V стр. 461 и сл. (1809). Ср. далѣе Дворжака krit. Ueberschau V стр. 1 и сл., Беккера krit. VJSchr. V стр. 399 и сл. — Мнѣніе, будто actio есть новое право, возникающее изъ права вслѣдствіе его нарушенія,

§. 45.

Въ силу сказаннаго выясненное въ §. 43 дѣленіе притязаній

защищаемо было въ новое время именно Савинья (System V § 204. 205). Другіе писатели избѣгли этой ошибки и опредѣляютъ actio какъ управомочіе на искъ, присущее самому праву и существующее еще до нарушенія его на случай нарушенія его (эвентуальное исковое право), или какъ власть, возможность права осуществляться въ искѣ (Пухта § 81 и Vorll., Рудорфъ zu Puchta Vorll. 5 изд. I стр. 185 прим. 1, Арндсъ § 96, Вехтеръ II § 62 прим. 1, Унгеръ § 113, Кирульфъ стр. 156. 157). Но и по отношенію къ этому мнѣнію слѣдуетъ спросить, имѣютъ ли римляне въ виду во всѣхъ случаяхъ, когда они говорятъ объ actio, именно этотъ моментъ процессуальнаго преслѣдованія и основано ли все, постановленное ими объ actio, на этомъ моментѣ? И если на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣчать отрицательно, противъ чего никто, конечно, спорить не станетъ (стоитъ, напримѣръ, вспомнить объ actio pœnalis, о прекращеніи actio смертью субъекта), то не слѣдуетъ ли изъ этого, что римляне подъ понятіемъ: управомочіе на процессуальное преслѣдованіе разумѣли только одну сторону права, которая есть нѣчто иное чѣмъ его процессуальная защищаемость, и не должно ли это иное быть именно личнымъ направленіемъ права, то-есть тѣмъ, что остается отъ процессуальной защищаемости, если отнять специфическій моментъ процесса? Бекингъ (Pandekten des röm. Privatr. I § 131. Pandekten-Grundrisz I § 150 прим. 1. Institutionen I § 51 — того же мнѣнія Демеліусъ Untersuchungen стр. 116 и сл., Бетманъ-Гольвегъ röm. Civilprozesz II § 35 прим. 8. § 85 прим. 7 —) хотя дѣйствительно и опредѣляетъ actio, какъ „само право въ его осуществленіи или дѣятельности къ этому направленной“, но тѣмъ не менѣе излагаетъ actio подъ рубрикою: Средства защиты нарушеннаго права. — Въ вышеприведенномъ сочиненіи я выставилъ положеніе, что римская actio была выраженіемъ права, а не истеченіемъ изъ него. Быть можетъ, по отношенію къ гражданскимъ actiones это сказано слишкомъ рѣзко, но по отношенію къ actiones, основаннымъ на магистратской юрисдикціи, это несомнѣнно справедливо. На это возражали, что можно было ссылаться на правила судопроизводства, что можно было требовать примѣненія ихъ въ силу своего права (Арндтсъ § 96 прим. 4, ср. Унгера II § 113 примѣч. 9a), дошли даже до того, что утверждали, будто „правопроизводящая“ дѣятельность магистратовъ въ принципѣ не отличалась отъ нашей нынѣшней „законодательной“ дѣятельности (Циммерманъ в. п. с. стр. 476). Если этимъ послѣднимъ хотѣли сказать, что дѣятельность судебныхъ магистратовъ была и у римлянъ органомъ юридическаго порядка, то вѣдь и я высказалъ это со всевозможною ясностью (die Actio и т. д. стр. 4. 5); если же хотѣли сказать болѣе, то я этого не понимаю. Что же касается мнѣнія Арндтса, то безусловно справедливымъ его можно признать по отношенію далеко не ко всѣмъ періодамъ римскаго права, да и въ то время, для котораго оно справедливо, все-таки право противъ ответчика имѣли лишь потому, что можно было требовать отъ суда юридической защиты, — имѣли право, потому что имѣли actio, а вовсе не потому имѣли actio, что имѣли

на вещныя и обязательственныя является у римлянъ въ видѣ дѣленія actiones. Дѣленіе это обозначается такъ: actiones in rem и in personam s. personales. По поводу этого дѣленія нужно замѣтить слѣдующее [1]).

1) Выраженіе actio in personam не слѣдуетъ, какъ бы можно было думать, относить и къ притязаніямъ, возникающимъ изъ семейнаго права [2]). Это объясняется изъ обозначенной выше (§. 41) природы семейноправныхъ притязаній, въ силу которой они не суть чисто юридическія. Такъ, судебное преслѣдованіе семейноправныхъ притязаній, насколько о немъ можетъ идти рѣчь, казалось римлянамъ чѣмъ-то чрезвычайнымъ, не идущимъ въ разсчетъ при разсмотрѣніи истинныхъ юридическихъ притязаній.

2) Actio in rem обозначаетъ не только вещную actio [3]);

право. Еще Ульпіанъ прямо говоритъ о такомъ узуфруктѣ, который существуетъ не „iure“, но „tuitione praetoris“ (l. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7. 4, ср. l. 9 § 1 D. usufr. quemadm. 7. 9). Но во всякомъ случаѣ, а это главное, если римское право и теперь еще говорило о правѣ на судебное преслѣдованіе, а не просто о правѣ, о юридическомъ притязаніи (Rechtsanspruch), то это основано не столько на существѣ дѣла, сколько на исторической случайности, — тоже должно сказать о гражданскихъ actiones. Брунсъ zur Geschichte der Cession, въ Symbolae Bethmanno-Hollwegio oblatae die XII Sept. MDCCCXVIII (Berlin 1869) стр. 50. Бринцъ krit. VJSchr. XI стр. 484 и сл.—Особыя воззрѣнія на сущность actio у Гассе Rhein. Museum VI. 1, Мутера в. п. с. стр. 35 и сл. 40 и сл., Беккера в. п. с.

[1]) О слѣдующемъ см. Виндшейда die Actio §. 2, а о другихъ мнѣніяхъ: Дюруа Arch. f. civ. Pr. VI. стр. 252 и сл. 386 и сл. (1823), Гассе d. J. Rhein. Museum VI. стр. 12 и сл. 154 и сл. (1834), Савинья V § 206—209 (1841), Вехтера Erörter. 1. 4 (1845), Беккера Iahrb. d. gem. R. IV. 6. (1860), Гессе Iahrb. f. Dogm. VII. 2. (1865), Келлера röm. Civilproz. §. 87, Рудорфа röm. RGesch. II §. 35, Унгера II §. 114, Синтениса I стр. 247 и сл. § 45.

[2]) Gai. IV. 2. „In personam actio est, qua agimus, quoties cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, contendimus, i. e. cum intendimus, dare facere praestare oportere“. Равнымъ образомъ въ § 1. I. de act. 4. 6, l. 25 pr. D. de O. A. 44. 7. Слѣдовательно, in personam actio есть обязательственная actio.—Такъ какъ обязательственная actio прикрывается обязательственнымъ правомъ, то подъ нею часто разумѣется это послѣднее, такъ напримѣръ, въ l. 8 §. 11. D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 10 D. de A. E. V. 19. 1; ср. также l. 7 §. 1 D. de cap. min. 4. 5: „actionum ex delicto venientium obligationes“.

[3]) Въ цѣломъ рядѣ мѣстъ подъ actio in rem совершенно спеціально разу-

въ другомъ смыслѣ она означаетъ и безличную (вещную) actio [4]), Безличною-же (вещною) actio можетъ быть названа, вопервыхъ, потому, что она вчинается не по поводу чего-либо относящаго къ отвѣтчику лично, а вовторыхъ, потому, что она не связана съ опредѣленнымъ лицомъ. То и другое совмѣщается въ вещныхъ actiones [5]), которыя такимъ образомъ суть in rem и въ этомъ двоякомъ смыслѣ; исключительно послѣднее имѣетъ мѣсто при actiones изъ обязательствъ съ неизвѣстнымъ противникомъ, при т. н. actiones in rem scriptae [6]).

мѣется искъ о правѣ собственности по поводу задержанія вещи, rei vindicatio, ср. напримѣръ, Gai. IV. 51. 86. 87. 91. 92, l. 23 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 25 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 14 §. 2 D. de exc. rei iud. 44. 2; затѣмъ также и искъ, посредствомъ коего осуществляется вообще какое либо вещное право. Gai. IV. 3. „In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi, vel prospiciendi. Item actio ex diverso adversario est negativa".—Другія названія для in rem actio въ этомъ смыслѣ суть: vindicatio, petitio, отчего in personam actio называется просто actio или actio въ тѣсномъ смыслѣ. Gai. IV. 5, l. 178 §. 2 D. de V. S. 50. 16, l. 28 D. de O. et A. 44. 7.—Actio in rem specialis и de universitate, l. 1 pr. §. 1 D. de R. V. 6. 1.—Actio in rem въ смыслѣ actio in personam: см. § 174 прим. 9.$\frac{1}{2}$— О т. н. actiones mixtae см. Лэра Magazin für RW. und Gesetzgeb. IV. 1, Арндтса Rhein. Museum II. стр. 141—144, Савиньи V стр. 36. 37. Пухта Inst. II. §. 167 i. к, Вехтера II стр. 419—420, Келлера röm. Civilpr. §. 87 къ прим. 1094.

[4]) Выраженіе in rem означаетъ безличное и во многихъ другихъ сочетаніяхъ. См. напр. l. 7 §. 8 D. de pact. 2. 14. „Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam, in personam, quotiens ne a persona petam, i. e. ne a Lucio Titio petam". Ср. кромѣ того l. 10 D. ut. leg. 36. 3, l. 8 §. 4 D. de lib. leg. 34. 3, l. 1 §. 3 D. quar. rer. actio 44. 5, l. 12 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5.

[5]) Да и то, что въ концѣ концовъ можетъ требовать вещный искъ отъ противника, онъ требуетъ отъ него на основаніи вещнаго права, такъ что на первомъ планѣ будетъ все-таки существованіе вещнаго права, на которое искъ этотъ направленъ.

[6]) О томъ, что и обязательство можетъ имѣть неизвѣстнаго отвѣтчика, была уже рѣчь въ § 43. Выраженіе actio in rem scripta, употребляемое нынѣ въ качествѣ техническаго, встрѣчается въ нашихъ источникахъ всего разъ, именно въ l. §. 8. D. quod met. c. 4. 2, кромѣ того объ exceptio in rem scripta говорится въ l. 4 §. 33 D. de doli exc. 44. 4. Въ первомъ мѣстѣ actio изъ принужденія названа in rem scripta потому именно, что она не „personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est". Еще примѣры т. н. actio in rem scripta см. въ l. 5 §. 13 l. 7 pr. §. 1 D. quod vi

3) In rem въ вышеуказанномъ смыслѣ, безличною (вещною) будетъ и та actio, которою требуется не осужденіе противника, но констатированіе какого-либо юридическаго или фактическаго отношенія. Iudicium въ этомъ случаѣ носитъ спеціальное названіе praeiudicium, а actio называется praeiudiacialis [7]). Безличною же (вещною) actio praeiudicialis будетъ какъ потому, что она вчинается по поводу чего-либо не относящагося къ лицу противника, что она утверждаетъ, что что-либо существуетъ, а не что противная сторона обязана что-либо доставить, такъ и потому, что она не ограничивается опредѣленнымъ лицомъ, но направляется противъ всякаго, отказывающагося признать данное отношеніе. Если и въ этой actio видѣть выраженіе притязанія, то можно сказать, что по содержанію своему послѣднее направлено только на признаніе существующаго. Но правильнѣе считать actio praeiudicialis лишь прошеніемъ или правомъ просить, обратиться къ судьѣ, вовсе не основываясь на какомъ-либо притязаніи къ противной сторонѣ. Между тѣмъ какъ въ обыкновенномъ порядкѣ судья обязанъ постановлять свое рѣшеніе объ оспариваемомъ двумя сторонами обстоятельствѣ лишь на столько, на сколько это ему необходимо для опредѣленія, причинена ли одной сторонѣ неправда; здѣсь такое рѣшеніе можетъ быть потребовано отъ него и при отсутствіи жалобы одной изъ сторонъ на причиненную ей неправду. Насколько подобное требованіе допустимо, это особый вопросъ, но чтобъ оно допускалось только при т. н. отношеніяхъ правосостоянія (Statusverhältnissen) (§ 39 прим. 2), это ничѣмъ не подтверждается [8]).

---

aut cl. 43. 24, l. 12 D. de aqua et aquae 39. 3. Но такая actio, будучи in rem scripta, есть тѣмъ не менѣе actio изъ права требованія, слѣдовательно, in personam, что прямо признано въ источникахъ, §. 31 l. de act. 4. 6, l. 6 § 5 D. de aqua et aquae 39. 3. Особо изслѣдованъ этотъ предметъ Шмидтомъ (изъ. Ильменау) civil. Abhand. № 1. См. также §. 43 прим. 6.

[7]) § 13. I. de act, 4. 6. „Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo“. Чтобъ обнять и praeiudicialis actio, §. 1 I. eod. опредѣляетъ actio in rem какъ такую actio, которую кто-либо вчинаетъ противъ того, „qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam“.

[8]) Вехтеръ II стр. 413. 421, Пфейферъ Arch. f. civ. Pr. XXXVII стр. 258—260, Виндшейдъ die Actio и т. д. §. 2 прим. 14, Беръ Anerkenn. §. 69 и Iahrb. f. Dogn. I стр. 483 и сл. (Дернбургъ Pfandr. I стр. 473), Фридлибъ тамъ же III стр. 316, Зейфертъ I § 23 прим. 5. § 24

§ 46.

Кромѣ дѣленія на actio in rem и in personam, въ источникахъ римскаго права приводится много другихъ дѣленій actiones. Но большая часть изъ нихъ не относится сюда отчасти потому, что они касаются не матеріальной, но процессуальной стороны actio [1]), отчасти потому, что они устарѣли [2]), отчасти-же оттого, что значеніе ихъ не настолько обще, чтобы можно было говорить о нихъ уже здѣсь [3]). Нельзя умолчать здѣсь лишь объ одномъ изъ этихъ

прим 1-а, Арндтсъ §. 97 прим. 5, Унгеръ I стр. 374. II стр. 551, Нейнеръ (§. 37 прим. 3) стр. 70. 164. 165. Наконецъ, противъ: Синтенисъ I §. 28 прим. 1. Ср. Зейф. Archiv I. 16. 324, II. 27, III. 304. 305. 306, IV. 19, VI. 319, VII. 298, VIII. 247, IX. 257, X. 108, XI. 126, XII. 9, XIII. 19 XIV. 5. 91. 145, 223, XV. 80 прим. 1, XVII. 208, XVIII. 113 (стр. 181). 213, XIX. 110. 231, (гдѣ докладчикъ замѣчаетъ, что въ Кургесенѣ закономъ граждан. скаго судопроизводства отъ 28 октября 1863 прямо признанъ т. называемый искъ о признаніи (Anerkennungsklagen), XXI. 90. 270, XXII. 3. 4. 5.—Едвали послѣ сказаннаго нужно еще въ отдѣльности предостерегать отъ того, что отъ actio in rem praeiudicialis нельзя заключать къ вещному характеру правоотношенія, въ которомъ она имѣетъ мѣсто, каковое заключеніе дѣйствительно сдѣлано было касательно отношеній правосостоянія (Тибо Versuche II стр. 55 и сл). Ср. Виндшейда в. п. с. стр. 16—19.

[1]) Таковы:

§ 46. a) дѣленіе на actio въ тѣсномъ смыслѣ и extraordinaria persecutio (l. 178 § 2 D. de V. S. 50. 16), ср. Келлера röm. Civ. Pr. § 81, Рудорфа röm. RGesch. II. §. 60, Бетмана-Гольвега röm Civ. Pr. II § 122;

b) дѣленіе на actio въ тѣсномъ смыслѣ и interdictum (l. 35 § 2 D de proc. 3. 3, l. 37 pr. D. de O. et A. 44. 7), ср. Келлера в. п. с. § 74—76, Рудорфа в. п. с. § 53—54, Бетмана-Гольвега в. п. с. II §. 98.

c) дѣленіе на actio simplex и duplex, Келлера в. п. с. §. 90, Рудорфа в. п. с. §. 47.

[2]) Это относится:

a) къ вышеприведеннымъ подъ литерами a) и b) дѣленіямъ; что касается дѣленія подъ c), то ср. §. 127 прим. 2;

b) къ дѣленію на actio civilis и honoraria, actio directa и utilis, равно какъ и къ понятію actio in factum, ср. Келлера в. п. с. §. 89, Рудорфа в. п с. § 49. 51, Бетмана-Гольвега в. п. с. II. §. 96.

c) къ дѣленію на actiones populares и privatae, ср. Келлера в. п. с. § 92, Рудорфа в. п. с. § 46, Брунса Zeitschr. f. RGesch III стр. 341—415, и ниже II § 326 прим. 6.

[3]) На этомъ основаніи сюда не относятся дѣленія на actiones quibus rem persequimur и poenales, затѣмъ actiones quae vindictam continent (Келлеръ в. п. с. § 91, Рудорфъ в. п. с. § 44, Бетманъ-Гольвегъ в. п. с. II §. 95), и дѣленіе на actiones perpetuae и temporales (Келлеръ в.

дѣленій. Хотя въ томъ видѣ, въ какомъ оно является въ римскомъ правѣ, и оно получило для насъ значеніе старины, тѣмъ не менѣе лежащая въ его основѣ мысль съ одной стороны имѣетъ общее значеніе, а съ другой—есть несомнѣнная истина. Она состоитъ въ томъ, что по отношенію къ опредѣленности или лучше сказать по отношенію къ эластичности содержанія притязаній между ними есть извѣстное различіе. Источникомъ этого различія служитъ природа фактовъ, при посредствѣ коихъ возникаютъ притязанія. Есть факты, неизмѣнно указывающіе на совершеніе чего-либо такого, чего требуетъ само правосудіе (справедливость—Billigkeit); природа-же другихъ такова, что они опредѣляютъ содержаніе порождаемаго ими притязанія болѣе въ общихъ чертахъ, чѣмъ въ подробности, что они даютъ лишь основу для рѣшенія, тогда какъ само рѣшеніе зависитъ отъ особыхъ обстоятельствъ отдѣльнаго случая. Очевидно, что право будетъ стремиться точнѣе выработать свои правила сообразуясь съ этими обстоятельствами; но предусмотрѣть всѣ обстоятельства совершенно невозможно; относительно-же того, какъ далеко должна простираться такая казуистика, у одного права можетъ быть одинъ взглядъ, а у другаго—другой.—Въ римскомъ правѣ большая или меньшая эластичность притязаній проявляется въ большемъ или меньшемъ объемѣ даваемой судьѣ инструкціи. Изъ болѣе эластичныхъ, болѣе свободныхъ actiones слѣдуетъ указать на actiones bonae fidei и arbitrariae [4]). Они не полагаютъ судьѣ

п. с. §. 93, Рудорфъ в. п. с. §. 52). Послѣднее дѣленіе основано на различной продолжительности (неудовлетворенныхъ) притязаній, первое противополагаетъ всѣмъ остальнымъ притязаніямъ особые классы обязательственныхъ притязаній. Ср. Виндшейда die Actio и т. д. § 3 и ниже § 106. Также Унгера § 114 прим. 16.

[4]) Actiones bonae fidei (§ 28—30 I de act. 4. 6) получили свое названіе отъ того, что судьѣ указывалось присудить отвѣтчика ко всему тому, что онъ долженъ исполнить ex fide bona, то есть по доброй совѣсти, по правиламъ, соблюдаемымъ между честными людьми (ut inter bonos bene agier oportet, какъ прежде говорилось при iudicium fiduciae, Cic. de off. III 15. Top. c. 17 i. f.). Arbitrariae actiones (§ 31 I de act. 4. 6) получили свое названіе отъ того, что при нихъ судьѣ предоставлялось дѣйствовать по своему усмотрѣнію (arbitratus). Къ actiones bonae fidei относятся только обязательственныя actiones, къ arbitrariae относятся не только обязательственныя, но также и главнымъ образомъ всѣ вещныя. Противоположность съ actio bonae fidei выражается словомъ condictio; нынѣ говорятъ обыкновенно actio stricti iuris. Но это послѣднее выраженіе употребляется въ источникахъ не въ техническомъ значеніи (оно встрѣчается лишь въ одномъ мѣстѣ, § 28. I. de act. 4, 6, да и здѣсь есть варіантъ: „stricti

никакихъ границъ, предоставляя ему опредѣлить по собственному усмотрѣнію, къ чему слѣдуетъ присудить отвѣтчика. Правда, это не всегда такъ продолжалось; съ теченіемъ времени юриспруденція и императорское законодательство выработали для усмотрѣнія судьи настолько подробныя юридическія правила,

---

iudicii", см. изданіе Шрадера, ср. однако и l. un. § 2 C. de rei ux. act. 5. 13) и должно быть избѣгаемо тѣмъ болѣе, что оно способно привести къ неправильному пониманію природы названной противоположности. По этому пониманію, которое защищалъ преимущественно Савиньи, дѣло здѣсь идетъ будтобы о противоположности между строгимъ и справедливымъ правомъ. Но это вовсе не такъ; юридическое правило, на основаніи котораго обсуждаются actiones bonae fidei и т. п. actiones stricti iuris, равно строго и равно справедливо, оно лишь болѣе или менѣе открыто; въ томъ, что называютъ actio strictiiuris, strictum является не ius, а iudicium (выраженіе actio stricti iudicii находится въ l. 5 § 4 D de in lit. iur. 12. 3, strictum iudicium въ § 30 I. de act. 4. 6, и по незначительномъ измѣненіи неправильнаго флорентинскаго чтенія въ l. 3 § 2 D. comm. 13. 6). При притязаніи, возникающемъ, напримѣръ, изъ стипуляціи, будетъ такъ же сообразно, то-есть, также справедливо (aequum), чтобы содержаніе его опредѣлялось только словами сторонъ, какъ справедливо будетъ при притязаніи, возникающемъ изъ купли-продажи, истолковывать намѣреніе сторонъ; но римляне выражали это такъ, что въ первомъ случаѣ судьѣ, дабы уполномочить его къ правильному рѣшенію случая, говорилось oportet, во второмъ же говорилось oportet ex fide bona. Ср. о bonae fidei actiones и противоположныхъ имъ Савиньи V. §. 218—220. 224 и прибавл. XIII. XIV, Вехтера Erörterungen II. 11, Вангерова I §. 139 прим., Келлера röm. Civ. Pr. § 88, Виндшейда die Actio и т. д. §. 4, Рудорфа röm. R Gesch. II §. 40—42, Бетмана-Гольвега röm. Civ. Pr. II стр. 261—286. При actiones arbitrariae (см. объ этомъ Савиньи II §. 221 — 224, Вехтера Erört. II. 9, Келлера röm. Civ. Pr. §. 28. 67, Рудорфа röm R.Gesch. II стр. 152—154, Бетмана-Гольвега röm. Civ. Pr. II стр. 287—293) встрѣчается обыкновенно еще та особенность, что формула разрѣшаетъ судьѣ присудить отвѣтчика лишь въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ добровольно не удовлетворитъ истца по приказанію судьи; но нельзя сказать, чтобъ эта особенность встрѣчалась во всѣхъ arbitrariae actiones. (Конечно, о ней говорится въ § 31 I. de act.; но какъ согласить это съ actio de eo quod certo loco? Въ l. 4 § 1 D. de eo quod certo loco 13. 4 обязанность судьи оправдать очевидно выводится только изъ того, что онъ „aequitatem ante oculos habet," а никакъ не изъ спеціальной оговорки его инструкціи. Да и какъ бы согласовалось съ contumacia отвѣтчика принятіе въ соображеніе его интереса (l. 2. pr. tit. cit). — Рядомъ съ actiones bonae fidei и arbitrariae свободными исками названы еще actiones in aequum et bonum conceptae. Это уголовные иски, въ которыхъ мѣра наказанія предоставлена усмотрѣнію судьи. Ср. Келлера Civ. Pr. §. 89 прим. 1117, Савиньи II стр. 93—96.

что большаго и желать нельзя. Но отъ этого природа этихъ actiones не измѣнилась, они остались все тѣми-же actiones, не неподвижно распространяющимися на что-либо съ самаго начала опредѣленное, а на опредѣляющееся особыми обстоятельствами каждаго отдѣльнаго случая. Тоже примѣняется еще и нынѣ къ притязаніямъ, обозначаемымъ этими actiones. А потому нельзя одобрить общераспространеннаго нынѣ ученія, будто различіе между строгими и свободными actiones утратило всякое значеніе для нашего времени. Мысль, лежащая въ основѣ этого различія, въ наше время столь же истинна, какъ и во времена римлянъ [5]). Для нынѣшняго права безъ всякаго значенія остается лишь форма этого различія въ римскомъ формулярномъ процессѣ. Конечно, форма эта осталась не безъ вліянія на содержаніе означеннаго различія, но вліяніе это для насъ уже не можетъ быть обязательно. Изъ краткой или обширной инструкціи судьѣ римляне выводили такія заключенія, которыя не вяжутся съ природою правопроизводящихъ фактовъ и не оправдываются ими [6]). Эти заключенія, конечно, слѣдуетъ устранить изъ нынѣшняго права [7]).

---

[5]) Такъ, изъ т. н. формальныхъ контрактовъ и теперь еще возникаетъ т. н. actio stricti iuris, изъ остальныхъ договоровъ actio bonae fidei, то-есть содержаніе притязаній, возникающихъ изъ формальныхъ контрактовъ, и нынѣ еще прямо опредѣляется уговоромъ сторонъ, содержаніе же притязаній, возникающихъ изъ другихъ договоровъ, отыскивается посредствомъ толкованія намѣренія послѣднихъ. Равнымъ образомъ притязаніе изъ займа, изъ неправомѣрнаго обладанія (ungerechtfertigem Haben) нынѣ еще, на томъ же основаніи и въ томъ же смыслѣ отличается отъ инаго притязанія, каково напримѣръ, притязаніе изъ опеки, товарищества.

[6]) И краткая инструкція давала судьѣ полную возможность вполнѣ справедливо относиться къ сущности основнаго правоотношенія; она даже разсчитана была на то. Но какъ было поступить въ томъ случаѣ, когда присоединялись постороннія обстоятельства, которыя самостоятельно видоизмѣняли или стѣсняли притязанія? Справедливость требовала принимать ихъ въ соображеніе какъ при строгихъ, такъ и при свободныхъ искахъ; но здѣсь инструкція связывала судьѣ руки. Думали, что и въ нѣкоторыхъ другихъ отношеніяхъ по смыслу инструкціи усмотрѣнію судьи не слѣдуетъ предоставлять той свободы дѣйствія, какую онъ считалъ сообразною съ самимъ дѣломъ, напримѣръ, по отношенію къ отвѣтственности должника за упущенія. Различія обоихъ названныхъ родовъ исковъ собраны у Вехтера Erörter. II стр. 48 и сл., Вангерова I §. 139 прим.

[7]) Относительно нынѣшней непримѣнимости ихъ, между новѣйшими цивили-

Возраженія *).

§ 47.

Притязанію можетъ быть противопоставлено возраженіе. Это значитъ, что хотя притязаніе само по себѣ основательно, хотя на лицо имѣются всѣ обстоятельства, коими право обусловливаетъ его возникновеніе, хотя нѣтъ ни одного факта, съ коимъ право связываетъ его прекращеніе, тѣмъ не менѣе противопоставленное ему обстоятельство ведетъ къ тому, что отвѣтственное лицо можетъ отвергнуть его, воспротивиться его осуществленію, словомъ, можетъ обезсилить притязаніе [1]).

стами господствуетъ почти безусловное единогласіе, хотя Вехтеръ сомнѣвается еще, можно ли въ этомъ отношеніи говорить о настоящемъ обычномъ правѣ. Вехтеръ Erörter. II стр. 112 и сл., Савиньи V § 224, Арндтсъ §. 100 прим., Вангеровъ I стр. 209.

*) Кирульфъ стр. 175—188, Савиньи V §. 225—229, Вехтеръ II § 69. 70 Синтенисъ I § 32, Унгеръ II § 124—126; Виндшейдъ die Actio и т. д. стр. 225—227; Келлеръ Civ. Pr. § 34—37, Рудорфъ röm. R Gsch. § 31-33 Бетманъ-Гольвегъ röm. Civ. Pr. II § 99.

§ 47. [1]) Въ римскомъ правѣ не только само притязаніе въ качествѣ actio, но и это препятствіе притязанія является какъ препятствіе actionis. Это обозначается словомъ exceptio, которымъ собственно и первоначально обозначалось изъятіе отъ даннаго судьѣ приказанія изрѣчь кондемнацію (осудить). Gai. IV. 115—119; pr. I de exc. 4. 13, l. 2. 22 pr. D. eod. 44. 1 Помѣщеніе такого изъятія въ формулѣ было необходимо тогда именно, когда отвѣтчикъ въ своей защитѣ не ограничивался оспариваніемъ основательности самого притязанія; изслѣдовать, основательно ли притязаніе само по себѣ, указывалось судьѣ уже въ intentio. Когда и въ какой мѣрѣ слѣдуетъ принять, что притязаніе само по себѣ основательно, гдѣ начинается область косвенной недѣйствительности, это вопросъ, отвѣтъ на который зависитъ отъ особыхъ опредѣленій положительнаго права и на который одно положительное право легко можетъ отвѣтить иначе чѣмъ другое (стоитъ вспомнить, напримѣръ, вліяніе принужденія на дѣйствительность юридической сдѣлки). Такимъ образомъ граница между недѣйствительностью притязанія и возраженіемъ отнюдь не необходима; само это различіе такого рода, что оно встрѣчается во всякомъ сколько-нибудь развитомъ правѣ. А потому весьма ошибочно будетъ отнимать у понятія exceptio всякое значеніе для нынѣшняго права, подобно Альбрехту die Exceptionen des gem. Civilprocesses (1835) § 9. 19, Вельдердорфу Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XI. 10 (1854), ср. тоже Бринца 1 стр. 131. Понятіе это имѣетъ не только теоретическое, но и практическое значеніе. Притязаніе, юридически вовсе не существующее, для того, чтобы существовать, должно сперва родиться; между тѣмъ какъ притязаніе, которому только противопоставлено возраженіе, съ отпаденіемъ послѣдняго можетъ получить полную силу, причемъ нѣтъ надобности, чтобы факты, создавшіе его, снова повторились. Бюхель civilrechtl. Erörterungen II. 1 стр. 4 и сл., Савиньи V

Обстоятельство, препятствующее притязанію, можетъ быть либо правомъ, либо фактомъ [2]). Самое препятствіе можетъ быть постоянное или временное [3]), полное или частичное [4]). Оно можетъ быть личнаго или безличнаго (вещнаго) свойства, то-есть можетъ предполагать извѣстное лицо, управомоченное на притязаніе [5]) или обязанное [6]) по нему, или не предполагать [7]).

стр. 157. 158. 166—169. 179 и сл., Вехтеръ II стр. 508—511, Рейнгольдъ Zeitschr. f. Civ. u Pr. N. F. XIII стр. 193—195. 199—201 (1856), Вангеровъ I § 126 прим., Арндтсъ § 101 прим. 1 (но и krit. Ueberschau IV стр. 238), Унгеръ II стр. 474 и сл. Бетманъ-Гольвегъ röm. Civ. Pr. II стр. 388 и сл., Крюгеръ krit. VJSchr. VII стр. 219. и сл

[2]) Примѣры. Право пользованія (ususfructus) противъ притязанія изъ собственности, встрѣчное требованіе противъ притязанія изъ обязательства — возраженіе, что учиненъ обманъ, exceptio rei venditae et traditae. Неосновательно воззрѣніе, благодаря Савиньи, принятое весьма многими, будто сущность exceptio состоитъ въ осуществленіи самостоятельнаго права, противостоящаго иску, по крайней мѣрѣ, если подъ этимъ „самостоятельнымъ правомъ“ понимать нѣчто иное чѣмъ право требовать устраненія искового притязанія. Ср. противъ этого воззрѣнія, напримѣръ, l. 1. §. 6 D. ne quid in flum. publ. 43. 13, l. 3 § 1 i. f. D. nautae 4. 9, а изъ писателей Беккера proc. Consumption стр. 93—96, Ветцеля Civilprocesz § 17 прим. 18, Виндшейда die Actio и т. д. стр. 226. 227, Бринца I стр. 131, Крюгера process. Consumption стр 24и Zeitschr. f. RGesch. VII стр. 219 и сл. Съ другой стороны, изъ новѣйшаго времени: Арндтса въ 5 изд. §. 101 прим. 2, Бетмана-Гольвега röm. Civ. Pr. II стр. 390 и сл.

[3]) Exceptiones perpetuae, peremtoriae—temporales, dilatoriae. Gai. IV. 120—122, § 8—11 I. de exc. 4. 13, l. 2 § 4 l. 3 D. eod. 44. 1.

[4]) А это послѣднее можетъ быть двухъ родовъ, либо количественное, напр. при возраженіи т. н. beneficium competentiae (l. 7 pr. D. de exc. 44. 1), либо качественное, такъ что остается естественное обязательство, напримѣръ, при exceptio SCi. Macedoniani.

[5]) L. 4 § 33 D. de doli exc. 44. 4. „Metus causa (exceptio).. distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit enimvero metus causa exceptio in rem scripta est: si in ea re nihil metus causa factum est, ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo qui agit“. Ср. l. 2 §. 1 eod., l. 57 § 1. D. de pactis 2. 14.

[6]) L. 2 § 2. D. de dol. exc. 44. 4. „Plane ex persona eius, qui exceptionem obiicit, in rem opponitur (doli) exceptio: neque enim quæritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris“. — Exceptiones rei — personae cohaerentes, l. 7 D. de exc. 44. 1; l. 57 § 1. D. de pact. cit.

[7]) Лишено всякаго значенія для нынѣшняго права дѣленіе exceptiones на такія, которыя построены на ius civile, и такія, которыя постро-

Отъ возраженія въ изъясненномъ здѣсь смыслѣ слѣдуетъ отличать возраженіе въ процессуальномъ смыслѣ. Возраженіе въ процессуальномъ смыслѣ относится къ выставленнымъ истцомъ фактическимъ заявленіямъ и состоитъ въ томъ, что отвѣтчикъ противопоставляетъ имъ съ своей стороны иное заявленіе. Возраженіе въ матеріальномъ смыслѣ непремѣнно считается возраженіемъ и въ процессѣ; но не всякое процессуальное возраженіе есть въ тоже время возраженіе матеріальное, ибо выставленное истцомъ заявленіе можетъ быть такого рода, что возникновеніе или дальнѣйшее существованіе искового притязанія съ нимъ не соединимо [8]).

ены на преторскомъ правѣ (Gai IV. 118, § 7 I. de exc. 4, 3), равно какъ и понятія exceptio utilis (l. 21 D. de praescr. verb. 19. 5) и exceptio in factum (подробно специфицированное, но не обозначаемое краткимъ названіемъ exceptio, l. 2 § 5 l. 4 § 16. 32 D. de dol. exc. 44. 4). Далѣе, практическаго значенія не имѣетъ и понятіе т. н. exceptio doli generalis или praesentis (si in eare nihil dolo malo Ai Ai fiat). Это exceptio doli было у римлянъ ничто иное, какъ средство сдѣлать для судьи возможнымъ принимать въ соображеніе всякое возраженіе, даже когда оно не будетъ спеціально указано въ формулѣ, ибо: „dolo facit, quicunque id quod quaqua elidi exceptione potest petit“ (l. 2 § 5 D. de doli exc. 44. 4). Ср. также Генеля Arch. f. civ. Pr. XII стр. 429 и сл. (1829), Бринца I стр. 135. Случаи примѣненія exc. doli перечисляетъ Генель в. н. с. 422 и сл. Ср. Зейф. Arch. V. 2, VI. 290, IX. 32.

[8]) Возраженіемъ въ процессуальномъ смыслѣ будетъ то, когда отвѣтчикъ ссылается на то, что приведенная истцомъ юридическая сдѣлка заключена умалишеннымъ, или на то, что онъ взятое занмообразно уплатилъ, но возраженія въ матеріальномъ смыслѣ нѣтъ ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ. — Что касается названія, то римское право присвоивало названіе exceptio лишь возраженію въ матеріальномъ смыслѣ, хотя въ виду formula in factum concepta могло употребляться въ качествѣ exceptio также возраженіе въ процессуальномъ смыслѣ (Ср. Тона Zeitschr. f. RGesch. II стр. 239 и сл., Иеринга Geist des röm. Rechts III стр. 58). Савиньи (V стр. 189) предлагалъ удержать это римское словоупотребленіе и отличать потому exceptiones отъ возраженій. Противъ слова exceptio можно только возразить, что оно не нѣмецкое; но и этого по моему достаточно. Я не вижу никакой бѣды, если и для римскаго exceptio будетъ употребляться нѣмецкое слово Einrede (возраженіе). Въ весьма многихъ случаяхъ всякое недоразумѣніе будетъ устранено самимъ существомъ дѣла; тамъ же, гдѣ есть особенный поводъ къ недоразумѣнію, можно прибавлять слова: въ процессуальномъ смыслѣ, процессуальное возраженіе — въ смыслѣ матеріальнаго права, въ матеріальномъ смыслѣ, въ тѣсномъ смыслѣ. — Можно было бы римское exceptio выражать еще нѣмецкимъ

§ 48.

Возраженію можетъ быть противопоставлено встрѣчное возраженіе; это значитъ, что противопоставленное обстоятельство можетъ устранить препятствіе притязанія точно также, какъ притязаніе устраняется возраженіемъ, то-есть, такъ, что хотя само по себѣ препятствіе не перестаетъ быть основательнымъ, но оно не можетъ получить силы. Равнымъ образомъ встрѣчное возраженіе можетъ быть ослаблено противоположнымъ встрѣчнымъ возраженіемъ, и т. д. [1]).

Различія между встрѣчными возраженіями тѣ же самыя, какія указаны въ предыдущемъ § по отношенію къ возраженіямъ вообще. Тутъ тоже есть встрѣчныя возраженія въ матеріальномъ и процессуальномъ смыслѣ; сказанное объ этомъ въ предыдущемъ § можетъ быть приложено и сюда [2]).

словомъ Einwand (возраженіе), еще не получившимъ права гражданства въ юридическомъ языкѣ; но этому противорѣчитъ духъ нѣмецкаго языка, употребляющаго это слово для выраженія всякаго противнаго заявленія. Ср. тоже Вехтера II. § 69 прим. 19, Рейнгольда Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII стр. 204 Унгера II § 124 прим. 12. О т. н. процессуальныхъ возраженіяхъ см. теперь Бюлова die Lehre von den Proceszeinreden und den Proceszvorauszetzungen (1868), а объ этомъ сочиненіи Планка krit. VJSchr. XI стр. 163 и сл.

[1]) Встрѣчныя возраженія у римлянъ назывались: replicatio, duplicatio, triplicatio. Gai IV. 126—129, pr. — § 3. I. de replic. 4. 14, l. 2 § 1—3 l. 22 §. 1 D. de exc. 44. 1. L. 22. § 1 cit.: „Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio". L. 2. § 3 cit.: — „sed et contra replicationem solet dari triplicatio (vulg. solet dari duplicatio et contra duplicationem triplicatio)". Ср. l. 7 § 1. 2 D. de cur. fur. 27. 10. § 48.

[2]) Возраженію въ смыслѣ матеріальнаго права можетъ быть противопоставлено не только такое обстоятельство, посредствомъ котораго косвеннымъ образомъ парализуется препятствующая сила возраженія, но и такой доводъ, которымъ отрицается самое существованіе возраженія, напримѣръ, возраженію зачета (compensatio) можетъ быть противопоставлено (процессуальное) встрѣчное возраженіе уплаты. — Наоборотъ, возраженію въ чисто процессуальномъ смыслѣ можетъ быть противопоставлено встрѣчное возраженіе въ матеріальномъ смыслѣ, напримѣръ: должникъ силою принудилъ вѣрителя простить ему долгъ. (Здѣсь не мѣсто объяснять, какъ обозначалось подобное возраженіе въ римской формулѣ).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

ЮРИДИЧЕСКІЙ СУБЪЕКТЪ.

I. О юридическомъ субъектѣ вообще.

Физическое и юридическое лицо. Безсубъектность права.

§ 49.

Естественное и ближайшимъ образомъ представляющееся разсмотрѣнію отношеніе состоитъ въ томъ, что права и обязанности связаны съ однимъ или нѣсколькими людьми, что они суть права и обязанности одного или нѣсколькихъ людей. Естественный и ближайшій юридическій субъектъ есть человѣкъ; ибо главнѣйшая задача юридическаго порядка состоитъ въ проведеніи границъ между сферами господства отдѣльныхъ сталкивающихся человѣческихъ индивидовъ.

Но это естественное и обыкновенное отношеніе не единственно возможное и не единственно встрѣчающееся. Права и обязанности могутъ существовать и не будучи связаны съ человѣкомъ какъ ихъ носителемъ. Это отношеніе главнѣйшимъ образомъ осуществляется въ томъ, что существуютъ права, предназначенныя для служенія извѣстной цѣли, напр. государственной цѣли, попеченію о больныхъ и т. п.; съ такими же цѣлями могутъ быть сопряжены обязанности, такъ что извѣстное дѣйствіе можетъ быть потребовано не отъ извѣстнаго человѣка, но отъ юридической власти, связанной съ этою цѣлью. Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда права и обязанности предназначены не для достиженія извѣстной цѣли, а дѣйствительно для человѣка, можетъ встрѣтиться, что они будутъ существовать безъ связи съ извѣстнымъ человѣкомъ какъ ихъ субъектомъ, напримѣръ, когда призванный къ принятію наслѣдства послѣ умершаго не вступилъ еще въ наслѣдство [1]).

Впрочемъ на только-что описанное отношеніе можно смотрѣть

---

§ 49. [1]) См. еще § 52 къ прим. 5. Или же то, кто долженъ быть субъектомъ данныхъ правъ и обязанностей, право ставитъ въ зависимость отъ будущаго обстоятельства. Сюда относится важный, правда, устарѣвшій случай плѣненія римскаго гражданина; права его немедленно не прекращаются и не переходятъ къ наслѣд-

съ двухъ точекъ зрѣнія. Съ одной стороны, можно и должно сказать, что при немъ права и обязанности существуютъ какъ безъ связи съ человѣческимъ индивидомъ, такъ и безъ связи съ какимъ-бы то ни было субъектомъ [2]). Но этому взгляду противится естественное чувство, коренящееся въ глубокомъ влеченіи къ лично-

---

никамъ. Cp. l. 19 (18) § 5 D. de neg. gest. 3. 5. „Dum apud hostes esset Titius, negotia eius administravi, postea reversus est: negotiorum gestorum mihi actio competit, etiamsi eo tempore, quo gerebantur, dominium non habuerunt“ Другіе случаи въ l. 12 § 5 l. 70 § 1. D. de usufr. 7. 1.

[2]) Вопросъ о юридической возможности существованія правъ и обязанностей безъ субъекта подвергался въ послѣднее время энергическому обсужденію. Въ пользу этой возможности высказались (кромѣ Бринца, см. ниже): Виндшейдъ die Actio стр. 234 и сл. и kr. Ueberschau VI стр. 219 — 221, Кеннень die Erbschaft § 1 и Erbrecht стр. 245—294, Демеліусъ die Rechtsfiction стр. 79. 82. 85 и Jahrb. f. Dogm. IV. 2. passim, Ширмеръ röm. Erbrecht § 3, Унгеръ österr. Erbrecht § 7 прим. 5. 12, Брунсъ въ Holtzendorf's Encyclopädie I стр. 270; противъ нея: Кунце die Obligation стр. 59 и § 95 и Inhaberpapiere стр.234, Унгеръ kr. Ueberschau VI стр. 160—171, Дворжакъ въ Haimerl's österr. V JSchr. VIII Lit. Anz. стр. 51—53 и XI Heft 2 стр. 6, Салковскій Bemerkungen zur Lehre v. d. jur. Person стр. VII, Арндтсъ § 21 прим. 1 § 465 прим. 1 въ концѣ, Витте Zeitschr. f. Handelsr. VIII стр. 8. 9, Нейнеръ (§ 37 прим. 3) стр. 109 и сл., Ранда Arch. f. deutsch. Wechselr. XV стр. 1 и сл. Съ понятіемъ права указанная возможность согласуется при посредствѣ того соображенія, что право не есть реальное хотѣніе, но лишь власть, возможность хотѣнія (§ 371). Конечно эту возможность воли можно развить, то есть, сообщить фактическимъ отношеніямъ внѣшній видъ, соотвѣтсвующій праву, лишь путемъ реальнаго хотѣнія; но это реальное хотѣніе можетъ быть выполнено и посредствомъ представительства, подобно тому какъ тѣмъ же путемъ недѣеспособный субъектъ становится субъектомъ правъ. Далѣе справедливо, что всякое право имѣетъ опредѣленное назначеніе (Bestimmungspunkt) и что безъ этого назначенія юридическій порядокъ не создаетъ или не охраняетъ никакого права; но если назначеніе права видѣть въ его субъектѣ, то субъектомъ непринятаго наслѣдства будетъ будущій наслѣдникъ, а субъектомъ имущества какого-либо учрежденія и корпораціи будетъ цѣль, которой это имущество служитъ. По Игерингу, Geist des röm. R. III стр. 307 и сл., субъектомъ права будетъ тотъ человѣкъ, въ пользу котораго право предназначено, предполагая притомъ, что онъ можетъ преслѣдовать свои интересы посредствомъ иска. Но и по этому опредѣленію вакантное наслѣдство не будетъ имѣть субъекта, а имущество корпораціи и учрежденія будетъ имѣть субъекта лишь подъ означеннымъ предположеніемъ, да и подъ этимъ предположеніемъ оно будетъ имѣть только такого субъекта, воля коего во „внѣ“ (Игерингъ в. п. с. стр. 209 и сл.), слѣдовательно, для созданія соотвѣтствующаго праву состоянія (въ чемъ и все существо дѣла), не будетъ имѣть рѣшающаго значенія. Противъ Игеринга также Бринцъ стр. 984 и сл.

сти, какимъ проникнута вся человѣческая природа [3]). Это чувство и въ этомъ случаѣ ищетъ для правъ и обязанностей субъекта-носителя ихъ и находитъ его (по крайней мѣрѣ обыкновенно) въ искусственномъ, создаваемомъ мыслительнымъ процессомъ, воображаемомъ лицѣ. Такъ, права и обязанности, предназначенныя для служенія государственной цѣли, приписываются государству, права и обязанности, имѣющія цѣлью попеченіе о больныхъ, приписываются больницѣ, права и обязанности, оставшіяся безъ субъекта по причинѣ смерти ихъ прежняго носителя и неперенесенныя еще на наслѣдника, приписываются самому наслѣдству и т. д. [4]). Та-

---

[3]) Иначе смотритъ Унгеръ österr. Erbrecht § 7 прим. 7.

[4]) Олицетворенія безличнаго употребляются не для однихъ только юридическихъ цѣлей; у насъ есть тысяча ходячихъ олицетвореній, лишенныхъ всякаго юридическаго значенія. Говоря, напримѣръ, что общественное мнѣніе одержало побѣду, что торговля ищетъ для себя новыхъ путей, мы дѣлаемъ общественное мнѣніе и торговлю лицами, но отнюдь не юридическимъ субъектомъ. Какія изъ встрѣчающихся въ жизни олицетвореній способны быть юридическими субъектами, это вопросъ, который разрѣшается не на основаніи существа дѣла, а на основаніи положительнаго закона. Но между олицетвореніями, признаваемыми правомъ въ качествѣ юридическихъ субъектовъ, нужно различать два класса (ср. Унгера österr Erbrecht § 7 прим. 12 вторая половина). Одни изъ нихъ не прямо вытекаютъ изъ юридической потребности, а лишь право придаетъ имъ извѣстное значеніе. Таковы, напримѣръ, случаи, когда оно называетъ лицами государство, общины и учрежденія. Значеніе государства, общины и учрежденія не ограничивается лишь тѣмъ, что они суть юридическіе субъекты; напротивъ того, пріобрѣтеніе и обладаніе правами и обязанностями служатъ для нихъ лишь средствомъ для достиженія цѣли. Второй классъ юридическихъ олицетвореній образуется только на тотъ конецъ, чтобы для не имѣющихъ субъекта правъ и обязанностей создать субъектъ, какъ, напримѣръ, когда права и обязанности умершаго переносятся на оставленное имъ наслѣдство. Наслѣдство дѣлается въ этомъ случаѣ лицомъ; но этому лицу не приписывается никакого другаго значенія, никакой другой жизненной функціи кромѣ способности обладать этими именно правами и обязанностями, быть средоточіемъ какъ для нихъ самихъ, такъ и для проистекающаго изъ нихъ новаго пріобрѣтенія. Что касается втораго класса юридическихъ олицетвореній, то позволительно думать, что было бы цѣлесообразнѣе совершенно игнорировать ихъ въ юридической теоріи, а приписанныя имъ права и обязанности прямо называть безъсубъектными. Но если бы мы захотѣли приложить это и къ юридическимъ олицетвореніямъ перваго класса (какъ это дѣйствительно дѣлаетъ Бринцъ стр. XI и 172, согласно мнѣнію Демеліуса die Rechtsfictionen стр. 85 и преимущественно Jahrb. f. Dogm. IV. 2 (1860), Ранда Arch. f. Handels-und Wechselr. XIV. 4 (1867), см. тоже Беккера Zeitschr. f. Handelsr. IV. 10 (1861), и противъ нихъ Унгера kr. Ueberschau VI

кое искусственно создаваемое лицо носитъ неудачное, унаслѣдованное отъ прежнихъ временъ названіе юридическаго лица [5]), въ отличіе отъ человѣка, котораго сама природа одарила лично-

---

стр. 156 и сл. и österr. Erbrecht § 7 прим. 10. 12. 13, Арндтса krit. VJSchr. I стр. 93 и сл. и Pand. § 41 прим. 3, Вангерова 7 изд. I § 53 прим. въ концѣ, Г. Витте Zeitschr. f. Handelsr. VIII стр. 8 и сл., то стали бы въ противорѣчіе съ установившимися воззрѣніями практической жизни, вовсе не основанными на неясныхъ представленіяхъ, а этого юридическая теорія должна избѣгать. Насколько вообще государство и др. не есть вообще „чучело“ (ср. Блунчли kr. VJSchr. I стр. 494 – 500), настолько же оно не есть чучело и въ качествѣ юридическаго субъекта. Ср. также Фиттинга kr. VJSchr. I стр. 585. Нынѣ Бринца стр. 979 и сл.

[5]) Лицомъ мы называемъ индивида, одареннаго самосознаніемъ и волею. Т. н. юридическія лица суть лично-мыслимыя не-лица; они мыслятся какъ лица не вслѣдствіе предписанія права, а вслѣдствіе присущаго человѣческой природѣ стремленія; въ этомъ смыслѣ ихъ можно даже причислить къ физическимъ лицамъ (ср. Кунце Heidelb. kr. Zeitschr. V стр. 359—365 и ниже § 59 прим. 1 a). Безъ сомнѣнія, выраженія лицо и личность нынѣ нерѣдко употребляются и въ другомъ смыслѣ (причемъ, кажется, не всегда ясно сознается различіе между ними). Лицомъ называютъ также индивида, надѣленнаго правомъ, способностью быть юридическимъ субъектомъ, личностью — самую способность быть юридическимъ субъектомъ, такъ что слѣдовательно, личность есть тоже, что правоспособность. Въ этомъ смыслѣ юридическія лица суть, конечно, юридическія лица; но вѣдь и человѣкъ есть юридическое лицо, ибо и онъ обладаетъ правоспособностью лишь потому и насколько она ему дана правомъ. Ср. Кунце die Obligation стр. 377. Унгеръ österr. Erbrecht § 7 прим. 11.— Римляне подъ persona (производство этого слова см. Gell. Noct. Attic. V. 7 и Бекинга I § 30 прим. 3) разумѣютъ не юридическій субъектъ, но лицо въ неюридическомъ смыслѣ слова, такъ что они не задумываясь напримѣръ говорятъ о persona servi или servilis (l. 86 § 2 D. de leg. II. 30, l. 215 D. de V. S. 50. 16, l. 22 pr. D. de R. I. 50. 17). Для того, что мы называемъ юридическимъ лицомъ, у нихъ не было особаго названія, а они говорили, что то или другое разсматривается какъ лицо (l. 22 D. de fidei 46. 1), или прямо называли то или другое persona (l. 9 § 1 D. quod metus causa 4. 2, гдѣ корпорація противопоставляется „singularis persona,“ ср. „persona publica“ и „persona coloniae“ при Agg. Urb. и Frontin., римск. землемѣръ ed. Lachmann стр. 16. 54). Если въ Nov. Theod. XVII 1 § 2 и у Cassiod. Var. VI. 8 говорится о рабахъ, какъ о „personam non habentes,“ „personam legibus non habentes,“ то какъ показываетъ самое сочетаніе словъ, этимъ выражается лишь ихъ неспособность являться предъ судомъ, такъ что это только перифразированное „legitimam personam (standi) in iudicio“ rubr Cod. 3. 6, гдѣ persona означаетъ не что иное какъ роль, функцію personam habere означаетъ здѣсь тоже самое, что въ другихъ случаяхъ personam ferre, gerere, sustinere, tueri, capere, recipere. Но Теофилъ на-

стью. Лучшее названіе есть: фиктивное (fingirte) лицо [6]), худшее же, прежде часто употреблявшееся: моральное лицо. Встрѣчается даже названіе: мистическое лицо.

Неопредѣленность юридическаго субъекта *).

§ 50.

Соединеніе правъ и обязанностей съ извѣстнымъ физически существующимъ или только воображаемымъ, юридическимъ, лицомъ обыкновенно происходитъ такимъ образомъ, что права и обязанности приписываются опредѣленному субъекту. Но оно можетъ происходить и такимъ образомъ, что субъектомъ правъ и обязанностей будетъ считаться всякое лицо, вступающее въ извѣстное отношеніе, напримѣръ, владѣніе или собственность на какую либо вещь [1]). Съ этимъ послѣднимъ случаемъ сходенъ, хотя отнюдь не слѣдуетъ смѣшивать съ нимъ, тотъ случай, когда съ перемѣняющимися лицами сопрягается не столько само право, сколько осуществленіе его, что́ можно сказать и объ обязанности. Насколько въ этомъ случаѣ для права и обязанностя не создается искусственнаго субъекта путемъ олицетворенія, ихъ слѣдуетъ назвать безъсубъектными [2]). Далѣе, слѣдуетъ различать тотъ случай, когда разъ ставшій юридическимъ субъектомъ остается имъ окончательно, хотя вопросъ о томъ, кто субъектъ даннаго права и обязанности, точно также зависитъ отъ будущаго обстоятельства. Въ этомъ случаѣ имѣется не столько неопредѣленность самого юридическаго субъ-

---

зываетъ рабовъ общимъ выраженіемъ ἀπρόσωπος и выводитъ изъ него другія послѣдствія (къ § 1 I. de her. inst., pr. I. de stip. serv., § 3. I. quib. mod. toll. obl.), такъ что нечего и сомнѣваться, что подъ persona онъ дѣйствительно разумѣетъ юридическій субъектъ.

[6]) Когда человѣка называютъ лицомъ физическимъ, то отличаютъ его не отъ юридическаго лица, а только отъ представляемаго, искусственно созданнаго мыслью, слѣдовательно, воображаемаго лица. Шейрль (Beiträge I стр. 5—11) называетъ фиктивными лицами лишь тѣ искусственныя лица, у которыхъ нѣтъ другой цѣли кромѣ цѣли быть юридическимъ субъектомъ, остальныя же юридическими.

*) Ср. Савинья, II § 103 и ниже II § 291.

§ 50. [1]) Примѣры: реальные сервитуты, обязательство изъ принужденія.

[2]) Ср. § 57 прим. 10.

екта, сколько неопредѣленность въ первоначальномъ обозначеніи юридическаго субъекта [3]).

Стеченіе (Mehrheit) юридическихъ субъектовъ *).

§ 51.

Права и обязанности могутъ принадлежать нѣсколькимъ субъектамъ вмѣстѣ. Возможно это не во всѣхъ правахъ; напримѣръ, въ семейныхъ правахъ это невозможно; тамъ же, гдѣ это возможно, стеченіе субъектовъ происходитъ двоякимъ образомъ. Либо такъ, что всякій субъектъ обладаетъ полнотою права и ни одинъ изъ остальныхъ субъектовъ не можетъ препятствовать другому осуществлять это право; равнымъ образомъ отъ всякаго субъекта можетъ быть потребовано выполненіе извѣстной обязанности, при чемъ субъектъ этотъ не въ правѣ привлекать къ участію въ этомъ выполненіи остальныхъ субъектовъ [1]). Либо такъ, что извѣстное право и обязанность принадлежатъ нѣсколькимъ субъектамъ сообща, такъ что то и другое можетъ быть осуществляемо лишь всѣми этими субъектами и противъ всѣхъ нихъ вмѣстѣ, при чемъ то и другое распредѣляется между ними по стоимости (dem Werth, nach) [2]). Отъ послѣдняго случая слѣдуетъ отличать тотъ случай когда извѣстное право или извѣстная обязанность распредѣляется между нѣсколькими субъектами такъ, что каждый изъ субъектовъ обладаетъ особымъ самостоятельнымъ правомъ или особою самостоятельною обязанностью, какъ напримѣръ, когда обязательство наслѣдодателя переходитъ къ нѣсколькимъ сонаслѣдникамъ; право и обязанность распредѣлены здѣсь между сонаслѣдниками не по стоимости, а субстанціально: здѣсь на самомъ дѣлѣ нѣтъ соединенія (Mehrheit) субъектовъ на одномъ и томъ же правѣ, на одной

---

[3]) Ср. §. 49 прим. 1.

*) Бухгольцъ Versuche № 4 (1831). Варнкенига въ Roszhirt's Zeitschr. f. Civ. u. Crim R. III стр. 67 и сл. (1838). Вехтеръ Arch. f. civ. Pr XXVII стр. 162 и сл. 181 и сл. (1844) и Handbuch II §. 75. Савиньи Obl. R. I §. 30 и сл. Уббелоде die Lehre von den untheilbaren Obligationen стр. 3—22 (1862). *Унгеръ* I §. 67.

[1]) Примѣръ: корреальное обязательство. § 51.

[2]) Примѣръ: общая собственность.

и той же обязанности. Какъ въ томъ, такъ и другомъ случаѣ говорятъ о дѣленіи и дѣлимости правъ [3]).

II. Человѣкъ, какъ юридическій субъектъ.

А. Начало и конецъ человѣческой личности *).

§ 52.

Человѣкъ обладаетъ способностью быть субъектомъ правъ и обязанностей, быть юридическимъ субъектомъ; онъ правоспособенъ съ перваго момента своего существованія. Но начинается ли существованіе человѣка только съ момента рожденія или же съ самаго зачатія? Взглядъ римскаго права по этому вопросу состоитъ въ слѣдующемъ. Дитя, пока оно въ утробѣ матери, еще не есть человѣкъ [1]); но если оно родится правоспособнымъ человѣкомъ, то по отношенію къ его собственному юридическому положенію [2]) оно считается существующимъ не съ момента рожденія, а съ мо-

[3]) Сочиненіе Барона: die Gesammtrechtsverhältnisse im Römischen Recht (1864) построено на той мысли, что, съ одной стороны, право можетъ нераздѣльно принадлежать нѣсколькимъ недѣлимымъ, а съ другой оно можетъ принадлежать въ тоже время новой личности, состоящей изъ соединенія этихъ недѣлимыхъ, ихъ совокупности (тоже и при обязанностяхъ). Для подтвержденія этого авторъ приводитъ рядъ юридическихъ явленій, для объясненія которыхъ вовсе нѣтъ надобности въ такомъ неестественномъ предположеніи. Противъ Барона: А. Пернице krit. VISchr. VII стр. 106—127.

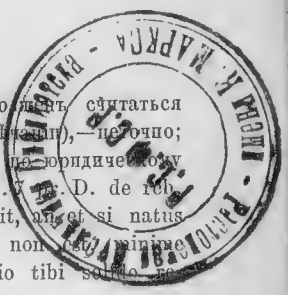
*) Савньи II §. 61—63, Синтенисъ I стр. 91—95.

§ 52. [1]) L. 9 §. 1 D. ad leg. Falc. 35. 2:—„partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur“. L. 1 §. 1. D. de inspic. ventre 25. 4:—„partus . . antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum“.

[2]) Въ l 7 D. de statu hom. 1 5 сказано: „quotiens de commodis ipsius partus quaeritur“. Ср. однако, l. 26 D. de statu hom. 1. 5, l. 48 §. 5 D. de furt. 47. 2 (если furtum совершено надъ беременною рабынею, то рожденное ею дитя есть res furtiva). Различіе, которое выставляется въ l. 7. cit, заключается въ томъ, что въ случаѣ, когда кто-либо своимъ существованіемъ доставлятъ другому юридическую выгоду, то началомъ этого существованія должно считаться время рожденія. Тутъ имѣются въ виду главнымъ образомъ, если не исключительно, награды и свобода отъ штрафовъ, кои въ первыя времена имперіи законодательство предоставляло имѣющимъ дѣтей. Довольно обще выраженіе въ l. 231 D. de V. S. 50. 16: „cum de ipsius iure quaeritur“. L. 26 D. de statu hom. 1. 5: „in toto paene iure civili“. Ср. Савиньи II стр. 4—6. 12 и сл., Дернбурга Pfandrecht I стр. 446 и сл.

мента зачатія [3]). А потому, когда на долю зародыша выпадаютъ права, то онъ, не будучи еще человѣкомъ, а слѣдовательно, правоспособнымъ, пока еще не можетъ пріобрѣсти ихъ; но съ другой стороны, выпавшее на его долю не ничтожно, если въ слѣдъ затѣмъ онъ родится правоспособнымъ человѣкомъ; въ этомъ случаѣ права его имѣютъ такую же силу, какъ еслибъ они принадлежали правоспособному субъекту [4]). До рожденія дитяти они существуютъ какъ права безсубъектныя, и лишь въ неточномъ смыслѣ могутъ быть обозначаемы какъ права дитяти [5]).

Но одного рожденія не достаточно для возникновенія человѣческой личности, а слѣдовательно, юридическаго субъекта. Необходимо еще, чтобы родившійся имѣлъ человѣческій образъ, [6]) былъ живъ [7]) и не былъ выкидышемъ [8]).



---

[3]) Въ источникахъ прямо говорится, что нерожденный долженъ считаться уже родившимся (см. мѣста, приведенныя въ предыдущемъ примѣчаніи),—неточно; ибо если онъ не родится правоспособнымъ человѣкомъ, то и по юридическому воззрѣнію считается, что онъ никогда не былъ человѣкомъ. L. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5. «Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non fecerit, omnimodo eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi sub conditione legatum fuerit». L. 129 D. de V. S. 50. 16.

[4]) L. 30 §. 1 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 7 pr. D. de reb. dub. 34. 5, l. 3 D. si pars her. 5. 4.

5) §. 2. I. de her. inst. 2. 14: „servus eius qui in utero est“. Правильно выражается l. 3 D. si pars her. 5. 4: antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura reservarent“. Рудорфъ (къ Пухтѣ §. 114. b) считаетъ нерожденнаго юридическимъ лицомъ. Отсюда должно бы слѣдовать, что онъ можетъ пріобрѣтать, и что если онъ затѣмъ родился неправоспособнымъ человѣкомъ, то долженъ терять пріобрѣтенное. На это теперь, въ 10 изданіи Рудорфъ, если только я понялъ какъ слѣдуетъ, отвѣчаетъ, что нерожденный не пріобрѣтаетъ: но тогда къ чему юридическая личность? См. также Вангерова I стр. 64. 65. изд. 7, Кеппена die Erbschaft стр. 46 и сл.

[6]) L. 14 D. de statu hom. l. 5, l. 3. i. f. C. de post. 6. 29, l. 12 §. 1 D. de lib. 28. 2. Ср. I. 44 pr. D. de rel. 11. 7.

[7]) L. 3 i. f. C. de post. 6. 29, l. 12 pr. D. de lib. 28. 2, l. 129 D. de V. S. 50. 16. Зейф. Arch. II. 124.

[8]) L. 2 C. de post. 6. 29, §. 1 J. de exh. lib. 2. 13, ср. Paul. R. S. IV. 9 §. 1. 6. Выкидышъ: abortus. Выкидышъ можетъ быть и живымъ; живорожденный будетъ выкидышемъ въ томъ случаѣ, если онъ пробылъ въ утробѣ матери не столько времени, чтобъ онъ могъ продолжать свое существованіе и внѣ утробы матери. Отсутствіе же жизнеспособности, происходящее отъ другихъ при-

§ 53.

Человѣческая личность прекращается смертью; умершій теряетъ правоспособность, подобно тому какъ еще неродившійся не имѣетъ ея.

Если возникаетъ споръ о томъ, живъ ли еще данный человѣкъ или нѣтъ, то смерть его должна быть доказана тѣмъ, кто ссылается на нее, а жизнь тѣмъ, кто считаетъ то лицо живымъ. Безвѣстноотсутствующіе по нынѣшнему общему обычному праву считаются умершими, если со дня ихъ рожденія протекло 70 лѣтъ; но для большей увѣренности производится еще формальный вызовъ, при безуспѣшности котораго дѣлается судомъ особое постановленіе— т. н. объявленіе лица умершимъ (Todeserklärung) [1]). Но съ другой стороны, до указаннаго момента безвѣстноотсутствующій по отношенію къ выпавшимъ на его долю наслѣдству и отказамъ считается живымъ, такъ что доказывать, что онъ живъ, нѣтъ надобности [2]).

чинъ, не исключаетъ правоспособности. Это послѣднее не подлежитъ нынѣ спору, но отсюда не слѣдуетъ, чтобы жизнеспособность въ первомъ смыслѣ была условіемъ правоспособности. Савинью III Beil. III, Вангеровъ I §. 32 прим. За правильное мнѣніе нынѣ именно Wächter Comm. de partu vivo non vitali pars I—V (Lipsiae 1863—1866). (Отчетъ о содержаніи этой академической программы составилъ Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. L.. 1).

§ 53. [1]) Ср. объ этомъ ученіи превосходное и полное изслѣдованіе Брунса Iahrb. d. gem. R. I. 5 (1857); изъ прежней литературы, кромѣ указанныхъ Брунсомъ, еще: Г. Чирпе über die Vormundschaft für Abwesende und deren Vermögen (1831), изд. Тротче (1866). Римское право, за исключеніемъ нѣкоторыхъ особыхъ правилъ, указывало на необходимость соображенія вѣроятности въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Брунсъ в. н. с. стр. 92—122. Рѣшительное значеніе 70 лѣтняго возраста установилось лишь въ 18 столѣтіи на основаніи псалма 90 стиха 10. Брунсъ стр. 174 и сл. И моментъ смерти опредѣляется 70 лѣтнимъ возрастомъ; т. н. объявленіе о смерти имѣетъ лишь значеніе заявленія. Брунсъ стр. 176—186. 198—201, Вангеровъ I §. 33 прим. 1. О томъ, какъ поступать, когда безвѣстноотсутствующему ко времени его исчезновенія исполнилось уже 70 лѣтъ, за рѣдкостью такихъ случаевъ не могло еще установиться единообразнаго мнѣнія ни въ теоріи, ни въ практикѣ: одно рѣшеніе лейпцигскаго юридическаго факультета 1784 г. возвращается къ 100 лѣтнему возрасту (въ прежнія времена часто считавшемуся самымъ крайнимъ). Брунсъ стр. 186. 187. 201.—Но еще до истеченія указаннаго выше срока ближайшіе наслѣдники безвѣстноотсутствующаго могутъ требовать выдачи его имущества для опекунскаго управленіо подъ условіемъ представленія обезпеченія. См. II §. 447 въ кон.

[2]) Брунсъ стр. 123. 124. 140—142. 168—172. 193—196. Брунсъ стр.

[3]) Подобно тому, какъ тотъ, кто ссылается на смерть даннаго лица, долженъ доказать ее, такъ и тотъ, кто ссылается на то, что она произошла въ извѣстный моментъ времени, долженъ доказать, что она дѣйствительно случилась въ этотъ моментъ. Это правило имѣетъ силу именно въ томъ случаѣ, когда какія-либо права основываютъ на томъ, что изъ двухъ лицъ одно пережило другое, одно скончалось при жизни другаго. Если же доказать этого факта невозможно, то и указанныхъ правъ требовать нельзя [4]). Лишь тогда когда въ одно и тоже время погибли родители и дѣти, римское право допускаетъ презумцію, что дѣти, достигшія половой зрѣлости, пережили родителей, не достигшія же ея умерли прежде [5]).

---

195. „Что совершенно безусловное и общее предположеніе въ пользу продолженія жизни неосновательно и нецѣлесообразно, этого отвергать невозможно. Но этому нисколько не противорѣчитъ то, что оно особо опредѣляется и допускается при активныхъ и пассивныхъ наслѣдныхъ отношеніяхъ безвѣстноотсутствующаго. Однако, и противуположное воззрѣніе (то-есть: презумція имѣетъ лишь тотъ смыслъ, что по истеченіи 70 лѣтъ безвѣстноотсутствующій не живетъ болѣе, а не тотъ, что до этого времени онъ живъ), неоднократно принималось въ теоріи и практикѣ, благодаря именно изслѣдованію Кроппа (Heise und Cropp. jur. Abhandl. II 4. 5 [1830]), которое впрочемъ „вслѣдствіе того, что упустило изъ виду историческое развитіе предшедшихъ столѣтій, построено на совершенно односторонникъ основаніяхъ“ (Брунсъ стр. 193). Брунсъ стр. 195; Blätter f. RAnwendung zunächst in Bayern XXVI № 2—4 (1861), Кеппенъ Erbrecht стр. 444 и сл. Унгеръ österr. Erbr. § 36 прим. 6, Нортгофъ Arch. f. prakt. RW. N. F. II. 1. Зейф. Arch. I. 160, VII. 356, IX. 49. 254, XII. 1, XIV. 149, XV. 200. Оба послѣднія рѣшенія постановлены послѣ появленія статьи Брунса; она принята въ соображеніе лишь во второмъ. Презумціи о жизни держатся рѣшенія, приведенныя у Зейф. Arch. III. 298, V. 31, IX. 310, XXII. 8. Я считаю, что аргументъ, извлеченный защитниками презумціи о жизни изъ successio ex nunc, не опровергнутъ.

[3]) Ср. къ слѣдующему: Мюленбруха Arch. f. civ. Pr. IV. 27 (1821). Gaedke de iure commorientium (1830).

[4]) L. 16—18 l. 9 §. 3 D. de reb. dub. 34. 5, l. 8 eod, l. 32 §. 14 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 26 D. de mort. c. don. 39. 6, l. 34 D. ad SC. Treb. 36. 1 (другое объясненіе разсматриваемаго въ этомъ мѣстѣ случая въ l. 9 pr. D. de reb. dub. 34. 5, l. 34 pr. l. 42 pr. D. de vulg. 28. 6).

[5]) L. 9 §. 1. 4 l. 22. 23 D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 pr. D. de pact. dot. 23. 4. Но эта презумція не имѣетъ безусловной силы: l. 17 §. 7 D. ad SC. Treb. 36. 1 (l. 9 §. 2 D. de reb. dub. 34. 5). Мюленбрухъ в. п. с. требуетъ, чтобъ она примѣнялась и къ другимъ лицамъ. Этотъ взглядъ слѣдуетъ отвергнуть, такъ какъ не дано никакой твердой точки опоры въ пользу аналогическаго распространенія ея. На томъ же основаніи нельзя оставлять безъ вни-

За исключеніемъ этого случая, римское право признаетъ для погибшихъ вмѣстѣ одновременность смерти [6]).

III. Юридически-важныя различія людей.

Полъ, возрастъ, здоровье.

§ 54.

Вообще говоря, различіе по полу въ гражданскомъ правѣ не имѣетъ особаго значенія [1]). Тѣмъ не менѣе женщины, съ одной стороны, неспособны къ извѣстнымъ правоотношеніямъ, напримѣръ, къ опекѣ, а съ другой—въ нѣкоторыхъ случаяхъ къ нимъ относятся съ большою мягкостью чѣмъ къ мущинамъ, напримѣръ, при поручительствѣ за чужой долгъ [2]). Двуполыхъ (гермафродитовъ) римское право не признаетъ [2a]).

Бо́льшимъ значеніемъ въ гражданскомъ правѣ пользуется различіе по возрасту. А именно особенное вниманіе обращаетъ на себя юношескій возрастъ, гораздо меньшее старческій [3]), первый

манія требованіе совмѣстной гибели, то-есть гибели отъ одного и того же факта. Иного мнѣнія въ этомъ послѣднемъ отношеніи (даже и съ ссылкою на l. 11. pr. D. de B. P. s. t. 37. 11, гдѣ вовсе не говорится о нашей презумціи) держатся Мюленбрухъ в. п. с. стр. 397—399, Кирульфъ стр. 92, Бекингъ I §. 32 прим. 11, Арндтсъ § 27. прим. 1. Противъ этого Савиньи II стр. 22, Вангеровъ I §. 33 прим. 2 и рѣшеніе, привед. у Зейф. Arch. II. 125.

[6]) См. мѣста, цитированныя въ обоихъ предыдущихъ примѣчаніяхъ и ср. I §. 429 прим. 1 № 3. Савиньи II стр. 20.

§ 54. [1]) Поэтому l. 195 pr. D. de V. S. 50. 16. „Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ab utrumque sexum plerumque porrigitur“. L. 1. eod. „Verbum hoc si quis tam masculos quam feminas complectitur“. Ср. l. 52 eod. Тѣмъ не менѣе не подлежитъ сомнѣнію, что и наоборотъ, когда въ законодательныхъ опредѣленіяхъ рѣчь идетъ о женскомъ полѣ, то ихъ не слѣдуетъ распространять и на мужской полъ, ибо l. 45 pr. D. de leg. II° 31 не говоритъ о законодательныхъ опредѣленіяхъ.

[2]) Попытка общаго принципа встрѣчается въ l. 2 pr. D. de R. I. 50. 17; ср. l. 9 D. de statu hom. 1. 5.—Древнее римское право ограничивало женщинъ и въ дѣеспособности (Ulp. XI. 27, Gai. I. 189—193), тоже дѣлало древнегерманское право. Изъ послѣдняго кое-что сохранилось въ Германіи въ мѣстномъ правѣ. Краутъ Vormundschaft II. стр. 291 и сл.

[2a]) L. 10 D. de statu hom. 1. 5.

[3]) Тибо über die Senectus. Arch. f. civ. Pr. VIII. 2 (1825).

главнымъ образомъ какъ основаніе ограниченія дѣеспособности (§ 71). Но въ юношескомъ возрастѣ различается еще: 1) время отрочества [4]) (infantia, Kindheit), то-есть періодъ до исполнившихся 7 лѣтъ [5]). 2) періодъ половой незрѣлости [6]), который по римскому праву прекращается для мущинъ по истеченіи полныхъ 14 лѣтъ, а для женщинъ — полныхъ 12 лѣтъ [7]); 3) періодъ несовершеннолѣтія [8]), то-есть, время до истеченія полныхъ 25 лѣтъ [9]). Несовершеннолѣтніе по достиженіи 20, лица женскаго пола 18 лѣтъ, могутъ быть объявлены императоромъ совершеннолѣтними, при чемъ, однако, они уравниваются съ совершеннолѣтними не во всѣхъ отношеніяхъ [10]).

Что касается состоянія здоровья, то юридическое значеніе имѣетъ преимущественно поврежденіе душевнаго здоровья, сумашествіе, главнымъ образомъ какъ основаніе исключенія дѣеспособности. Различныя формы помѣшательства [11]) въ юридическомъ

---

[4]) Infantia; infans, is qui fari non potest. Ср. объ этомъ и о слѣдующемъ Савинъи III §. 107—111.

[5]) L. 18 pr. C. de iure del. 6. 30, l. 1 §. 2 D. de adm. et per. 26. 7.

[6]) Impubertas—pubertas, impubes—pubes. Impubes, пока онъ находится подъ опекою, называется pupillus (малолѣтнимъ). Равнымъ образомъ встрѣчаются выраженія prima, secunda aetas, напр. l. 30 C. de ep. aud. 1. 4. На нѣмецкомъ юридическомъ языкѣ pubertas обыкновенно выражается словомъ „Mündigkeit“; но невѣрно, ибо это несогласно ни съ языкомъ обыденной жизни, ни съ терминологіею нашихъ древнихъ законовъ“. Краутъ Vormundschaft I стр. 155.

[7]) Pr. I. quib. mod. tut. 1. 22, l. 3 C. quando tut. 5. 60. 18-лѣтній возрастъ называется plena pubertas въ § 4. J. de adopt. 1. 11, l. 40 §. 1 D. eod. 1. 7; ср. l. 14 §. 1 D. de alim. leg. 34. 1. Выраженіе proximus pubertati, равно какъ и соотвѣтствующее proximus infantiae, не относится къ опредѣленному возрасту.

[8]) Minor—maior aetas, minores XXV annis—maiores XXV annis, но также, и даже обыкновенно просто minores-maiores. Maior aetas называется также legitima aetas, напр. въ l. 5 C. quando dies 6. 53, такъ какъ установленіе предѣловъ этого возраста основано на lex (Plaetoria). По нѣмецки возрастъ, противоположный несовершеннолѣтію, называется.: Groszjährigkeit, Volljährigkeit (совершеннолѣтіе).

[9]) L. 1 D. de min. 4. 4.

[10]) По латынѣ объявленіе совершеннолѣтнимъ выражается словами venia aetatis. L. 2. 3 C. qui veniam 2. 45. Краутъ Vormundschaft II стр. 168—171. Ср. II § 442 прим. 6.

[11]) Въ источникахъ различаются furiosus и mente captus или demens, l. 25.

отношеніи безразличны [12]). Отъ помѣшательства однако слѣдуетъ отличать простую неразвитость духовныхъ силъ, слабоуміе [13]).

Вѣроисповѣданіе; подданство; семейная подчиненность

§ 55.

Что касается до различія по вѣроисповѣданію, то невыгодныя послѣдствія, постигавшія по римскому праву еретиковъ и вѣроотступниковъ даже по отношенію къ ихъ гражданскому юридическому положенію [1]), въ новѣйшее время уже не находятъ себѣ никакого примѣненія въ Германіи [2]). Признанная въ римскомъ правѣ неспособность евреевъ ко вступленію въ бракъ съ христіанами [3]) и доселѣ имѣетъ силу въ Германіи на основаніи общаго права [4]), въ силу котораго евреи подлежатъ и нѣкоторымъ инымъ ограниченіямъ въ ихъ гражданскомъ юридическомъ положеніи [4a]).

Ограниченіе правоспособности иностранцевъ, встрѣчающееся въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ, уже въ юстиніановомъ правѣ

C. de nupt. 5. 4, l. 8 §. 1 D. de tut. dat. 26. 5, l. 6 D. de cur. fur. 27. 10, l. 28 C. de episc. aud. 1. 4, l. 28 §. 1 C. de admin. 5. 37.

[12]) Это прямо признано въ l. 25 C. de nupt. 5. 4. по отношенію къ одному частному случаю. А потому и эти различныя выраженія употребляются какъ однозначущія, напр. l. 7 §. 1 D. de cur. fur. 27. 10, l. 2 C. eod. 5. 70. Самое обыкновенное выраженіе источниковъ есть furiosus.

[13]) Fatuus. L. 2 D. de post. 3. 1. l. 21 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Лицо, обозначаемое въ этихъ мѣстахъ словомъ fatuus, называется въ § 4. J. de cur. 1. 23 mente captus. Cic. Tusc. III. 5. называетъ это состояніе insania.

§ 55. [1]) Cod. 1. 5 de haereticis et Manichaeis. 1. 7 de apostatis. 1. 11 de paganis (et sacrificis et templis).

[2]) Вестфальскимъ миромъ (I. P. O. art. V. § 35.) и германскимъ союзнымъ актомъ (ст. 16) за исповѣдниками (трехъ) христіанскихъ сектъ обезпечено пользованіе всѣми гражданскими правами. Примѣненіе римскихъ законоположеній къ другимъ вѣроисповѣданіямъ устранено практикою.

[3]) L. 6 C. de Iud. 1. 9.

[4]) Вальтеръ Kirchenr. § 300, Рихтеръ Kirchenr. § 261.

[4a]) См. II §. 312 прим. 6, II §. 335 прим. 21, и ср. I §. 232 прим. 11 въ кон. Германскій союзный актъ (ст. 16) лишь обѣщалъ евреямъ заняться разсмотрѣніемъ вопроса, какимъ образомъ „можетъ быть дано и гарантировано имъ пользованіе гражданскими правами“.

потеряло почти всякое значеніе [5]). Изъ нынѣшняго же общегерманскаго права оно совершенно исчезло [6]).

Обширное ограниченіе правоспособности, которому подлежали по древне-римскому праву дѣти (Hauskinder), въ юстиніановомъ правѣ сгладилось до того, что его нельзя распознать [7] [8]).

---

[5]) Римскіе peregrini, обладавшіе правоспособностью лишь въ силу ius gentium, а не ius civile, принадлежали къ чужому народу, но не непремѣнно къ чужому государству. Юстиніанову праву свойственно то основное правило, что члены римскаго государства суть вмѣстѣ съ тѣмъ члены римскаго народа, а римское государство обнимало собою весь цивилизованный міръ.

[6]) Баръ das internationale Privat-und Strafrecht стр. 64 и сл.—Институтъ вычета извѣстной суммы при выѣздѣ иностранца (Abschosz) не основанъ на общемъ правѣ и мало практиченъ. См. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts Миттермайера I § 111 Безелера § 65 № III.

[7]) Дѣти (домочадцы) не могли имѣть никакой собственности; все, что они пріобрѣтали, доставалось не имъ самимъ, а ихъ господину. Изъ этого въ юстиніановомъ правѣ удержалось лишь то, что они пріобрѣтаютъ не для себя только достающееся имъ изъ имущества господина; тутъ уже ограничивается не ихъ правоспособность, но ихъ способность пріобрѣтать, и то въ одномъ лишь отношеніи. Кромѣ того ихъ право распоряженія ограничено тѣмъ, что объ нѣкоторыхъ пріобрѣтеніяхъ они не могутъ составлять завѣщанія. О воззрѣніи тѣхъ, кои не допускали ограниченія правоспособности домочадцевъ даже по древнеримскому праву, см. Бекинга I §. 45, Шейрля Beiträge I стр. 234, Арндтса § 28 прим. 3.

[8]) По римскому юридическому воззрѣнію чрезъ потерю гражданства, семейнаго состоянія (familia) и свободы происходитъ юридическое измѣненіе въ самой личности. Измѣненіе это называется capitis diminutio и влекло за собою самостоятельныя (независящія отъ содержанія вызвавшихъ его фактовъ) послѣдствія. Для насъ ученіе о capitis diminutio не имѣетъ уже никакого значенія; ибо потеря свободы у насъ невозможна, потеря же подданства для гражданскаго права безразлична; что же касается до capitis diminutio, обусловленной потерею семейнаго состоянія, то, не говоря уже о томъ, что у насъ нѣтъ ничего такого, чтобы соотвѣтствовало римской familia, послѣдствія этой capitis diminutio отмѣнены отчасти уже правомъ Юстиніана и вполнѣ нынѣшнимъ правомъ. (Потеря agnatio есть не слѣдствіе c. d., но условіе ея. О прекращеніи долговъ см. § 116 прим. 2). Ср. о cap. d. Савинья II §. 68—75 и Beilage VI, Пухты Instit. II §. 220, Вангерова I §. 34, Бекинга I §. 58, Шейрля Beiträge I. 9.—Въ прежнее время различали: 1) status civiles, a) libertatis, b) civitatis, c) familiae; 2) status naturales (sexus, altatis и т. д.). Самое важное заблужденіе при этомъ заключалось въ томъ, что римскую familia отожествляли съ нынѣшнею семьей.

Гражданская честь *).

§ 56.

Римское право знаетъ два рода умаленія чести.

1) Умаленіе чести въ силу общественнаго мнѣнія; оно имѣетъ вліяніе на гражданское положеніе человѣка; но это вліяніе не обширно [1]).

2) Умаленіе чести въ силу закона, технически называемое infamia [2]). Начало свое оно получило въ преторскомъ эдиктѣ, къ коему присоединились дополнительныя императорскія постановленія [3]). Оно признается и въ каноническомъ правѣ, а также и въ имперскомъ законодательствѣ [4]). Говоря же о его нынѣшней при-

---

*) Глюкъ V стр. 129—217. Марецоль über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung (1824). Савиньи II §. 76—83 и Beilage VII.

§ 56. [1]) Главное относящееся сюда правило состоитъ въ томъ, что братья и сестры имѣютъ право оспаривать завѣщаніе на основаніи нарушенія ихъ указной части (Pflichtheil), если имъ будетъ предпочтено опороченное лицо. Кромѣ того опороченность принимается въ соображеніе и въ тѣхъ случаяхъ, когда судьѣ предоставлено право свободной оцѣнки лица, напр. при назначеніи опекуна.

[2]) Умаленіе чести, основанное не на законѣ, не имѣетъ техническаго названія; оно называется ignominia, turpitudo, nota. Новѣйшіе юристы называютъ его infamia facti и противополагаютъ его основанному на законѣ умаленію чести какъ infamia iuris.

[3]) L. 5 § 2 D. de extraord. cogn. 50. 13. „Minuitur existimatio, quotiens manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebeius fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur“. Преторскій эдиктъ въ l. 1 D. de his qui notantur infamia 3. 2. Полное перечисленіе основаній инфаміи у Савиньи § 77, Пухты § 120, Арндтса § 31 примѣч. 1, Вангерова I § 47 прим., Рудорфа Zeitschr. f. RGesch. IV стр. 45—61. Новѣйшіе юристы различаютъ infamia immediata, то есть безчестіе, непосредственно наступающее вслѣдствіе извѣстнаго факта или образа жизни, и infamia mediata вслѣдствіе судебнаго осужденія.

[4]) c. 2 C. 6 qu. 1. „Omnes vero infames esse dicimus, quos leges saeculi infames appellant.“ Имп. уст. 1512 г. тит. 1 § 2 устраняетъ отъ нотаріата лицъ „ehrlosz infames genannt“. Другіе имперскіе законы вводятъ лишеніе чести какъ наказаніе за извѣстные проступки, такъ, Уст. Уг. Суд. (P. G. O.) ст. 107. 122, постан. сейма (R. A.) 1551 § 80, опредѣл. сейма (R. S.) 1668. 1670. 1731 (Sammlung der Reichsabschiede IV стр. 56. 72. 379), ср. также Auth. Frid. I. На

мѣнимости, должно прежде всего имѣть въ виду, что главное значеніе всякаго юридическаго умаленія чести заключается въ томъ вліяніи на общественное мнѣніе, какое при нормальныхъ отношеніяхъ всегда будетъ оказывать непосредственное изреченіе закона о нравственной годности или негодности человѣка. Такого значенія нынѣ нельзя придавать римской infamia уже потому, что постановленія о ней извѣстны лишь немногимъ ученымъ, а не народу. Слѣдовательно, значеніе вопроса о нынѣшней примѣнимости римской infamia будетъ заключаться не въ томъ, слѣдуетъ ли и нынѣ признавать безчестнымъ того, кого объявляютъ безчестнымъ эти постановленія, а въ томъ, подлежитъ ли и теперь лицо, объявляемое ими безчестнымъ, тѣмъ невыгоднымъ послѣдствіямъ, какія сопряжены съ этимъ объявленіемъ. Но вопросъ этотъ по отношенію къ гражданскому праву, которое здѣсь исключительно имѣется въ виду, будетъ совершенно праздднымъ такъ какъ въ числѣ этихъ невыгодныхъ послѣдствій уже въ юстиніановомъ правѣ не встрѣчается болѣе такихъ, которыя бы относились къ гражданскому праву [5]). Невыгодныя послѣдствія, со-

---

bita C. ne filius pro patre 4. 13 и Auth. Frid. II. Agricultores C. quae res pignori 8. 17.

[5]) Невыгодныя послѣдствія, сопряженныя по юстиніанову праву съ infamia суть слѣдующія: a) Infamis допускается къ postulare pro aliis лишь въ ограниченной степени, l. 1 § 7. 8 D. de post. 3. 1, что подтверждено каноническимъ правомъ: c. 2 C. 3 qu. 7. По позднѣйшему римскому праву postulare pro aliis составляло содержаніе особой должности, именно адвокатуры. И теперь адвокатура разсматривается вообще какъ государственное званіе. b) Равнымъ образомъ infamis не способенъ къ судебной прокуратурѣ (Processprocuratur). Въ прежнее время на эту неспособность могъ ссылаться отвѣтчикъ; Юстиніанъ отмѣнилъ это (§ 11 I. de exc. 4. 13), и если каноническое право снова узаконило эту неспособность (c. 2 C. 3 qu. 7), то еще нѣтъ основанія заключать, что оно имѣло въ виду измѣнить въ этомъ отношеніи начала римскаго права, такъ что и изъ него можно лишь вывести право отвода для судьи. Впрочемъ и въ наше время судебная прокуратура есть государственная должность. c) Устраненіе отъ digni tates и honores, имѣющее силу, впрочемъ, не только для infames, но и вообще для людей съ дурною славой l. un. C. de infam. 10. 57, l. 8 C. de decur. 10. 31, l. 2 C. de dignit. 12. 1. Постан. имп. сейма (N. O.) тит. 1 § 2 присовокупляетъ, что infames не могутъ получить должности нотаріуса. О мнѣніи относительно неспособности infames быть свидѣтелями, см. Савиньи II стр. 222. Отсюда вопросъ о томъ, имѣютъ ли невыгодныя послѣдствія infamia силу и нынѣ, сводится къ вопросу: можетъ ли infamia быть причиной недопущенія къ общественной должности (со включеніемъ адвокатуры, прокуратуры и нотаріата),

пряженныя съ безчестіемъ по нѣмецкому праву, относятся къ такому понятію безчестія, для котораго уже не можетъ служить мѣриломъ римское ученіе объ инфаміи, хотя и оно оказало свое вліяніе на развитіе этого понятія [6]).

Родство и свойство *).

§ 56 a.

Къ разряду личныхъ отношеній, принимаемыхъ нерѣдко въ соображеніе въ области правъ, принадлежитъ и родство [1]). Родственникомъ по отношенію къ другимъ лицамъ считается то лицо, которое связано съ ними единствомъ крови [2]); въ частности: такова связь лица съ тѣми, отъ которыхъ оно происходитъ, съ тѣми, которые отъ него происходятъ, наконецъ, съ тѣми, которые вмѣстѣ съ нимъ происходятъ отъ одного и того же третьяго лица. Тѣ, отъ которыхъ оно происходитъ, суть его восходящіе (Ascendenten), тѣ которые отъ него происходятъ, суть его нисходящіе (Descendenten), тѣ же которые вмѣстѣ съ нимъ происходятъ отъ третьяго лица, суть его боковые родственники. Родство

а тамъ, гдѣ прокуратура и адвокатура не суть должности, въ правѣ ли судья собственною властью не допустить infames къ этой дѣятельности. Оба эти вопроса не относятся къ гражданскому праву. Впрочемъ, если бы потребовалось отвѣтить на нихъ, то относительно послѣдняго слѣдовало бы сказать, что право судьи на свободное обсужденіе допущенія лицъ, являющихся передъ нимъ не отъ своего имени, вообще не можетъ подлежать спору, относительно же перваго, что способность или не способность къ общественнымъ должностямъ можетъ опредѣляться лишь на основаніи публичнаго права даннаго государства.

[6]) О различныхъ воззрѣніяхъ на нынѣшнюю примѣнимость римской инфаміи ср. Савинья II § 83. *Пухту* § 120, Синтениса I стр. 99, Арндтса § 33, Бекинга Grundr. I § 24. 32, Зейферта § 49 прим. 3, Гербера deutsch. Privatr. § 39; Митермайера deutsch. Privatr. I § 101, Безелера deutsch. Privatr. § 62, Эйхгорна Einleit. in das deutsch. Privatr. § 87; Гефтера Strafrecht § 175; Марецолля в. п. с. стр. 343 и сл., Кирульфа стр. 101 и сл., *Вангерова* I §. 52 прим.

*) Глюкъ XXIII стр. 153 и сл. Бекингъ I § 49—56, Бринцъ § 11—14, Синтенисъ III § 138.

§ 56a. [1]) Cognatio, точнѣе cognatio naturalis въ отличіе отъ cognatio civilis или legitima, о которомъ въ этомъ § будетъ сказано ниже.

[2]) Cp. l. 1 §. 1 D: unde cogn. 38. 8.

восходящихъ и нисходящихъ образуетъ родство по прямой линіи [3]). Близость родства опредѣляется степенями, то-есть, числомъ рожденій, служащихъ связью между двумя данными лицами [4]). Родство можетъ быть и сложнымъ, то-есть, два лица могутъ быть связаны между собою многократнымъ образомъ посредствомъ рожденія или каждое изъ нихъ съ третьимъ лицомъ [5]). Боковое родство можетъ быть полнымъ (vollbürtig) или неполнымъ (halbbürtig), смотря потому, произошла ли связь между данными лицами отъ брачной четы или только отъ одного предка мужескаго либо женскаго пола [6]).—Родство можетъ возникнуть и искуственнымъ образомъ, посредствомъ усыновленія (adoptio); болѣе подробно объ этомъ будетъ сказано въ ученіи объ усыновленіи (Adoption) [7]).

Кромѣ вышеизложеннаго родства римское право знаетъ еще

---

[3]) Нѣмецкія названія эти буквально воспроизводятъ латинскія выраженія источниковъ, именно ascendentes, descendentes, cognati qui a latere veniunt, cognatio in linea recta, cognatio quae ex transverso—a latere numeratur, pr. I. de grad. cogn. 3. 6, l. 10 §. 9 D. de grad. 38. 10, l. 68 D. de R. № 23. 2. Другія названія для восходящихъ и нисходящихъ (Ascendenten и Descendenten) суть „parentes“ и „liberi“, ср. l. 1 pr. D. de grad. 38. 10, l. 51. 220 pr. D de V. S. 50. 16, l. 4 §. 2 D. de in ius voc. 2. 4.

[4]) L. 10 §. 9. 10 D. de grad. 38. 10.—Принципъ счета по каноническому праву другой; оно ведетъ счетъ по колѣнамъ. Но принципъ этотъ приводитъ къ иному результату лишь при боковомъ родствѣ; здѣсь каноническое право исчисляетъ родство только по одной сторонѣ.

[5]) Дитя двоюродныхъ братьевъ или сестеръ находится въ родствѣ съ прадѣдами какъ по отцовской, такъ и по материнской линіи; дѣти двухъ братьевъ, женившихся на двухъ сестрахъ, приходятся другъ другу родственниками какъ съ отцовской, такъ и съ материнской стороны. Совершенно особые случаи многократнаго родства приведены въ l. 10 §. 14 D. de gard. 38. 10. Ср. о многократномъ родствѣ Гуго. civil. Magazin IV. 7. 16 (1812. 1813).

[6]) Fratres, sorores ex utroque parente, ex uno parente coniuncti. Слова consanguinei и uterini означаютъ братьевъ или сестеръ, у конхъ общій отецъ или общая мать; впрочемъ эти выраженія употребляются иногда и для обозначенія полнаго родства. Germani суть кровные, родные братья или сестры, все равно, будутъ ли они связаны между собою чрезъ отца и мать или только чрезъ одного изъ этихъ лицъ. Объ „отношеніи полнородности къ многократному родству“ см. статью Фрица Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV. 2 (1841).

[7]) См. II §. 524. Въ отличіе отъ усыновленныхъ дѣтей родныя дѣти называются liberi naturales.—Какъ препятствіе къ браку разсматривается уже въ римскомъ правѣ также отношеніе, установляемое воспріятіемъ отъ купели (т. н. cognatio spiritualis), (l. 26 i. f. C. de nupt. 5. 4), и еще болѣе того въ каноническомъ правѣ.

совершенно особое родство подъ именемъ agnatio. Оно основывается не на единствѣ крови, а на общности дома (familia), или точнѣе отеческой власти. Агнаты суть тѣ, которые состоятъ подъ одною и тою же отеческою властью, состояли или состояли бы подъ нею, если бы ихъ общій родоначальникъ былъ еще живъ. Agnatio можетъ установиться посредствомъ прижитія, а не законнаго рожденія; но оно равнымъ образомъ можетъ установиться посредствомъ усыновленія; и наоборотъ, вслѣдствіе искусственнаго прекращенія отеческой власти прекращается и agnatio, возникшая чрезъ прижитіе [8]). Впрочемъ, это понятіе agnationis для нынѣшняго римскаго права не имѣетъ никакого значенія [9]). Понятіе agnatio въ германскомъ правѣ совершенно иное; agnatio въ смыслѣ германскаго права есть кровное родство въ мужской линіи и притомъ ограниченное мужскими родственниками.

Наряду съ родствомъ слѣдуетъ упомянуть еще о свойствѣ. Свойство составляется изъ родства и брака; въ свойствѣ данное лицо будетъ находиться съ родственниками своего супрага и съ супругами своихъ родственниковъ [10]).

§ 56 b.

Въ числѣ фактовъ, на коихъ основано родство, есть одинъ, доказать который не только трудно, но даже невозможно; это именно прижитіе. По отношенію къ дѣтямъ, зачатымъ въ бракѣ, мѣсто этого доказательства заступаетъ предположеніе, что дитя зачато отъ мужа матери [1]), при чемъ однакожь не исключается право доказывать поотивное [2]). Время зачатія опредѣляется по-

---

[8]) Легальное опредѣленіе, что agnati суть cognati по мужской линіи (Gai. I. 156. III. 10, § 1 I. de leg. agn. tut. 1. 15, § 1. I. de leg. agn. succ. 3. 2), слишкомъ узко и слишкомъ обширно. Ulp. XI. 4- XXVI. 1, избѣгъ послѣдней ошибки, прибавивъ „eiusdem familiae".

[9]) Нельзя утверждать, чтобъ оно совершенно потеряло свое значеніе въ юстиніановомъ правѣ, см. l. 8 § 2 C. de codic. 6. 36, II §. 524 прим. 6 (III §. 631 прим. 13) и ср. Бухгольца Abhandlungen стр. 96—105.

[10]) L. 4 §. 3 D. de grad. 38. 10. На обыденномъ языкѣ Schwägerschaft (свойство) означаетъ отчасти тоже, что и Stiefverwandtschaft (сводное родство).—Даже супруги называются affines, мало того названіе это распространено и на жениха съ невѣстою. Vat. Fr. 218. 302, l. 8 D. de cond. c. d. 12. 4, l. 38 §. 1 D. de usur. 22. 1, l. 15 C. de don. a. n. 5. 3, l. 5 C. de her. iust. 6. 24, Ср. В. Зелля Arch. f. civ. Pr. XXII 9 (1839).

§ 56b. [1])—„pater.. is es est, quem nuptiae demonstrant", l. 5 D. de in ius voc. 2. 4.

[2]) Доказательство это должно быть направлено на невозможность зачатія отъ

средствомъ обратнаго счета отъ времени рожденія и притомъ такъ, что въ силу юридическаго правила должно быть непремѣнно отсчитано назадъ 182 дня и въ крайнемъ случаѣ дозволяется отсчитать 10 мѣсяцевъ [3]). Дѣти, зачатыя внѣ брака, не могутъ доказывать своего происхожденія отъ извѣстнаго мущины, а потому у нихъ нѣтъ отца и родственниковъ съ его стороны [4]). Должно однако замѣтить, что по каноническому праву недѣйствительность брака не оказываетъ вреднаго вліянія на дѣтей, если бы объ этой недѣйствительности не знали оба супруга или по крайней мѣрѣ одинъ изъ нихъ [5]). Мать же и родственниковъ съ ея стороны внѣбрачныя дѣти имѣютъ наравнѣ съ рожденными въ бракѣ [6]), а посредствомъ легитимаціи (узаконенія незаконнорожденныхъ) могутъ пріобрѣсти также и отца и родственниковъ съ его стороны [7]).

мужа, такъ что не достаточно доказать, что жена имѣла половую связь и съ другимъ мужчиною. L. 11 §. 9 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 29 §, 1. D. de prob. 22. 3, l. 6 D. de his qui sui 1. 6. Зейф, Arch. I. 162, II. 254, VIII. 229, X. 267, XII. 36, XIX. 9, II. 186, V. 176, XX. 198. См. тоже конецъ прим. 3

[5]) L. 12 D. de statu hom. 1. 5, l. 3 §. 11. 12 D. de suis 38. 16. Срокъ въ 182 дня основанъ на l. 3 §. 12 cit., тогда какъ l. 12 cit. говоритъ, что дитя, родившееся на 7 мѣсяцѣ брака, слѣдовательно, черезъ 181 день, есть рожденное въ бракѣ. Признано, что послѣднее есть лишь недостаточное выраженіе (ср. Савинья IV §. 181. h, Бекинга I §. 121 прим. 18). И практика постоянно держится срока въ 182 дня. Ср. Зейф. Arch. I. 161. 163, II. 254, V. 175, VIII. 229, X. 170, XI. 10. 11, XII. 36, XIII. 123, XV. 98.—Объ исчисленіи срока см. Blätter. f. RAnwendungen zunächst in Bayern XXX. 17. 18; Зейф. Arch. V. 175, XII. 36.—Можно ли степенью зрѣлости дитяти опровергать примѣненіе законодательнаго правила? Нѣтъ: Зейф. Arch. I. 161, VIII. 229, XIII. 123, XV. 98, XVII. 115, XVIII. 109, Бухка и Будде Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 70 (Зейф. Arch. XXI, 199), Кирульфъ Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. 77; за: Зейф. Arch. VI. 210 въ к., XI. 11, XII. 161, XX. 9, XXI. 8. 9, ср. тоже IX. 224. См. также Вехтера объ этомъ вопросѣ de partu vivo non vitali (§ 52 прим. 8) § 5—8. Штинцингъ Iahr. f. Dogm. IX. 5 (1868).—Ср. еще II §. 475 прим. 17.

[4]) §. 12 I. de nupt. 1. 10, l. 23 D. de statu hom. 1. 5.

[5]) Въ этомъ случаѣ говорится о предполагаемомъ бракѣ. C. 2. 8. 14. 15. X. qui filii sint leg. 4. 17.

[6]) L. 4 §. 3 l. 5 D. de in ius voc. 2. 4, l. 4 D. unde cogn. 38. 8.

[7]) Подробнѣе о легитимаціи см. въ семейномъ правѣ (II. §. 522).—Легитимація и простое признаніе не тожественны. (ср. Бера Anerkennung стр. 186 и слѣд.; иначе мнѣнія безъ достаточнаго основанія Унгеръ Iahrb. f. Dogm. VIII

III. Юридическое лицо *).

A. Понятіе и виды.

§ 57.

Юридическое лицо есть не дѣйствительно существующее, но лишь воображаемое лицо, которое считается субъектомъ правъ и обязанностей (§ 49).

Но не всѣ правоотношенія доступны юридическому лицу какъ ихъ субъекту. Такъ, правоотношенія, непремѣнно предполагающія человѣческое существо, то-есть семейныя правоотношенія, не могутъ быть доступны юридическому лицу. Такимъ образомъ правоспособность послѣдняго ограничивается имущественнымъ правомъ [1]).

Въ нашемъ (германскомъ) правѣ встрѣчаются слѣдующіе виды юридическихъ лицъ.

1) Совокупность (Mehrheit) физическихъ лицъ. Наравнѣ

стр. 184, ср. II §. 522 прим. 7), хотя это мнѣніе лишено значенія по вопросу объ отношеніи признающаго къ дитяти. По позднѣйшему римскому праву дѣти, рожденныя отъ мущины въ конкубинатѣ (liberi naturales въ этомъ именно смыслѣ, ср. § 56 a прим. 7), въ извѣстныхъ отношеніяхъ разсматривались какъ его собственныя дѣти; нѣмецкая практика перенесла это на незаконнорожденныхъ дѣтей вообще, если они будутъ признаны.—Впрочемъ, узаконеніе (легитимація) черезъ послѣдующій бракъ (legitimatio per subsequens matrimonium) не требуетъ, чтобы незаконнорождонное дитя родилось уже при вступленіи въ бракъ. Поэтому всякое дитя, въ какой бы то ни было срокъ родившееся по вступленіи въ бракъ, считается рожденнымъ въ бракѣ, если оно будетъ признано мужемъ матери. L. 11 C. de lib. nat. 5. 17, Nov. 89. c. 8 § 1. Зейф. Arch. I. 163 XI. 10.

*) Савинья II § 85—102. Пухта Rechtslericon III стр. 65 и сл. (мелкія статьи № 28). Пфейферъ die Lehre von den juristischen Personen nach gemeinem und würtemb. R. (1847). Бекингъ I § 62—66, Унгеръ I § 42—44, Синтенисъ I § 15. См. тоже Lehrbücher des Deutschen Privatrechts Безелера § 66—72, Блунчли § 33—45, Гербера § 49—57. (Въ послѣднее время: Брицъ Lehrb. der Pandekten стр. 979—1150.)

§ 57 [1]) То-есть, гражданская правоспособность, которая здѣсь единственно имѣется въ виду. Но юридическія лица могутъ обладать также правами, относящимися къ публичному праву. Для послѣдняго понятіе юридическаго лица не менѣе важно, чѣмъ для гражданскаго права.

съ вещами и правами (§ 42 прим. 2), и лица могутъ соединяться между собою такимъ образомъ, что въ своемъ соединеніи они являются какъ новое, отличное отъ отдѣльныхъ соединенныхъ лицъ и въ отношеніи къ нимъ какъ самостоятельное существо, какъ одно личное цѣлое (совокупность лицъ) [2]). Обыкновенно такое соединеніе бываетъ разомъ и одновременное и преемственное, каковъ именно случай, когда союзы лицъ образуютъ юридическое лицо; при чемъ кромѣ того соединеніе это или можетъ имѣть болѣе естественное существованіе, или существованіе его можетъ основываться болѣе на человѣческомъ произволѣ [2]а). Впрочемъ, одновременность соединенія нѣсколькихъ лицъ не существенна; можно представить себѣ юридическое лицо при одной лишь преемственной совокупности; такова, напримѣръ, совокупность преемственныхъ обладателей извѣстной должности [3]). Нынѣ для обозна-

---

[2]) Какъ universitas. Особенность всѣхъ universitates состоитъ въ томъ, что ихъ тожество не зависитъ отъ измѣненія ихъ частей. L. 7 §. 2. D. quod cuiusque univ. nom. 3. 4, „In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem (l. iidem) maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint". L. 76 D. de iud. 5. 1.

[2]а) Примѣры: общины, цехи, общества для общеполезныхъ, ученыхъ, художественныхъ, торговыхъ, промышленныхъ и другихъ цѣлей.—О римской societas publicanorum ср. Шмида Arch. civ. Pr. XXXVI стр. 166—183, Реслера Zeitschr. f. Handelsr. IV стр. 274—300, Сальковскаго (§ 58 прим. 3) стр. 29—45, Кунце krit. VISchr. VI стр. 60. 61. Послѣдній утверждаетъ, что societates вообще не были юридическими лицами.

[3]) Если кто-либо постановитъ, что извѣстною частью имущества должны пользоваться послѣдовательно обладатели извѣстной должности, то субъектомъ этого имущества будетъ не то должностное лицо, которое пользуется имъ въ данное время въ отдѣльности, но идеальное единство всѣхъ такихъ лицъ, если имѣлось въ виду, что также возможно, устроить такое общеніе съ точки зрѣнія особаго установленія (Stiftung) (см. въ концѣ этого §). Безъ сомнѣнія, тоже самое должно сказать, когда должность отправляется нѣсколькими лицами въ одно время. Этого конечно нельзя понимать такъ, будто должности должны быть причислены къ юридическимъ лицамъ; ибо отсюда можно было бы подумать, будто возможно имущество связать съ самою должностью, какъ его субъектомъ, такъ что оно должно бы служить цѣлямъ этой должности. Субъектомъ имущества съ такимъ назначеніемъ была бы не сама должность, а государство, по отношенію къ которому отдѣльная должность не имѣетъ самостоятельнаго существованія.—Въ доказательство только что сказаннаго нельзя конечно ссылаться на l. 25 D. ad. mun. 50. 1, а тѣмъ менѣе на l. 9 § 8 D. de admin. rer. 50. 8 и l. 56 D. de leg. II° 31.—Ср. объ этомъ вопросѣ Гейзе Gründrisz стр. 25, Бекин-

ченія такого юридическаго лица, состоящаго изъ совокупности физическихъ лицъ, употребляется названіе корпорація [4]); однако названіе это неохотно употребляютъ тамъ, гдѣ совокупность соединенныхъ лицъ представляется только преемственною, послѣдовательною.

2) Заведенія (Anstalten) для преслѣдованія благочестивыхъ и другихъ общеполезныхъ цѣлей, богадѣльни, больницы, школы и т. д, [5]). Сюда же относится церковь, какъ субъектъ имущества; въ этомъ случаѣ подъ церковью разумѣется учрежденіе, основанное для преслѣдованія религіозной цѣли. Съ другой стороны, субъектомъ церковнаго имущества можно, безъ сомнѣнія, представить себѣ и церковную общину (приходъ), слѣдовательно, корпорацію [6]).

3) Совокупность имущества (Vermögensinbegriffe). Субъектомъ правъ и обязанностей можетъ быть и само имуще-

---

га I стр. 233. 234, Зейферта § 54; а съ другой стороны, Кирульфа стр. 130, Савиньи II стр. 237, 376. 379, Пухту § 27. 1, Синтениса I § 15 прим. 7, Вангерова I стр. 93, Унгера I стр. 325—327. Зейф. Arch. XXII. 211. 246.

[4]) Слово corporatio встрѣчается въ Nov. Severi tit. II; о corporati говорится въ l. 5. D. de commerc. 4. 63, rubr. и l. un. C. de priv. corporat. 11. 14. Употребительное въ классическомъ языкѣ выраженіе corpus, которое само по себѣ столь же общее, какъ и universitas, кажется, относится только къ корпораціямъ, существованіе коихъ болѣе произвольно, слѣдовательно, не къ общинамъ. Соотвѣтствующее выраженіе есть collegium. Савиньи II стр. 260. 261. О корпораціяхъ говорится у Пфейфера § 12—41.

[5]) Въ источникахъ римскаго права упоминаются лишь учрежденія съ благочестивыми цѣлями (ср. l. 23. C. de ss. eccl. 1. 2, l. 35. 46 C. de ep. et cler. l. 3); отсюда у новыхъ юристовъ выраженіе pium corpus (прежняя доктрина отожествляла понятіе юридическаго лица съ корпораціею, Глюкъ II стр. 162, Геннеръ Comment. zu den Instit. стр. 82, ср. Рота въ Jahrb. f. Dogm. I стр 189), или pia causa.—Юридическая личность piae causae совершенно отвергали даже по отношенію къ нынѣшнему праву или покрайней мѣрѣ по отношенію къ римскому и каноническому, и утверждали, что истинный субъектъ принадлежащаго послѣдней имущества есть данная церковь и свѣтская община. Росгиртъ Arch. f. civ. Pr. X стр. 321—325 (1827), Фрицъ Erläuter. I стр 153, ср Рота Jahrb. f. Dogm. I стр. 190—201. Это воззрѣніе, „возникло вслѣдствіе смѣшенія вопросовъ объ управленіи и о существованіи“, Пухта § 27. к., ср. кромѣ того Мюленбруха въ Fortsetzung von Glück XL стр. 79 и сл., Кирульфа стр. 148—150, Савиньи II стр. 271, Вангерова I §. 60 прим.

[6]) Савиньи II стр. 265—267.

ство, которому они принадлежатъ. Это бываетъ, напримѣръ, при непринятомъ еще, лежачемъ (ruhenden) наслѣдствѣ (§ 49 къ прим. 1). Далѣе это же имѣетъ мѣсто относительно фиска; ибо фискъ, по буквальному смыслу, значитъ государственная казна [7]). Слѣдовательно, когда фискъ разсматривается какъ юридическое лицо, то олицетворяется при этомъ не совокупность составляющихъ государство индивидовъ, а государственное имущество. Наконецъ, съ этой же точки зрѣнія разсматриваются установленія (Stiftungen), когда о нихъ говорятъ какъ о юридическихъ лицахъ. Ибо подъ установленіемъ разумѣется лишь имущество, предназначенное для извѣстной цѣли. Когда преслѣдованіе цѣли установленія воплощается въ извѣстномъ учрежденіи (заведеніи), что не необходимо [8]), то съ олицетвореніемъ имущества конкурируетъ олицетвореніе этого учрежденія [9]).

Изъ сказаннаго вытекаетъ то важное начало, что одно и то же юридическое лицо можетъ являться въ различныхъ видахъ. Безразлично, скажемъ ли мы — государство или казна, церковь или церковный приходъ, установленіе или учрежденіе, фамильное имущество (Familienstiftung) или семья: подъ различными названіями разумѣется одно и тоже лицо, хотя олицетворяется не одно и тоже. А потому то, что олицетворяется въ юридическомъ лицѣ, субстратъ послѣдняго, само по себѣ не имѣетъ значенія для существа этого. Для опредѣленія существа юридическаго лица должно имѣть въ виду слѣдующія различія, смотря по тому, о какомъ имуществѣ идетъ рѣчь:

1) Или о томъ имуществѣ, которое предназначено служить для достиженія извѣстной цѣли. Цѣль эта можетъ быть общеполезною, какова, напримѣръ, цѣль казны, приходовъ, общеполезныхъ учрежденій и союзовъ, но она можетъ быть направлена и къ (имущественной или какой-либо иной) выгодѣ индивидовъ, составляющихъ юридическое лицо, какова, напримѣръ, цѣль акціонерныхъ компаній, литературныхъ обществъ, обществъ для поощренія художествъ, для общежительныхъ цѣлей и т. д.

---

[7]) Савинью II стр. 272—274.

[8]) Напримѣръ, въ семейномъ установленіи. Пользованіе извѣстнымъ имуществомъ предоставляется членамъ семейства на основаніи точныхъ опредѣленій.

[9]) Объ учрежденіяхъ говорится у Пфейфера § 42—48, далѣе у Рота Jahrb. f. Dogm. I. 4 (1857).

2) Или объ имуществѣ [10]), предназначенномъ для пользованія извѣстнымъ лицамъ, каковы фамильныя имущества [11]), стипендіи, нѣмецкія реальныя общины, или же

3) Объ имуществѣ, обыкновенно предназначаемомъ для одного лица, которое, однако, еще не пріобрѣло его, каково непринятое еще наслѣдство.

B. Правоотношеніе.

1. Юридическое лицо какъ юридическій субъектъ.

§ 58.

Юридическія лица, подобно физическимъ, могутъ быть и бываютъ субъектами (имущественныхъ) правъ и обязанностей. Отсюда однако не слѣдуетъ, что юридическія лица должны уравни-

---

[10]) Назначеніе имущества для пользованія опредѣленныхъ лицъ предполагаетъ, что не только отдѣльныя лица, получающія это пользованіе, не могутъ распоряжаться субстанціею имущества, но что и въ остальныхъ отношеніяхъ имущество въ своемъ юридическомъ составѣ не зависитъ отъ событій, касающихся лично того или другаго изъ владѣльцевъ его. При отсутствіи этого предположенія нѣтъ основанія не считать настоящимъ субъектомъ имущества каждаго даннаго владѣльца этого имущества. При помощи этой точки зрѣнія разрѣшается и тотъ спорный вопросъ, слѣдуетъ ли считать субъектомъ земельнаго сервитута каждаго собственника господствующаго имѣнія, или же само это имѣніе, и слѣдовательно, разсматривать послѣднее какъ юридическое лицо. Необходимо рѣшить въ первомъ смыслѣ, ибо всякій собственникъ господствующаго имѣнія обладаетъ сервитутомъ такъ, какъ еслибы у него не было ни предшественника, ни преемника, что обнаруживается также въ случаѣ слитія (confusio) Ср. объ этомъ спорномъ вопросѣ Гейзе Grundr. стр. 25, Бекинга I стр. 231. II стр. 212; Савиньи II стр. 379. 380, Пухта § 27. 1 въ к., Вангерова I § 53 примѣч., Сиптениса I § 15 прим. 10, Арндтса § 41 прим. 5, Эльверса die römische Servitutenlehre стр. 93 и сл. Арндтсъ противъ выраженія источниковъ: praedio servitus debetur и т. п. замѣчаетъ, что говорится также: „pecori debetur appulsus“ (l. 1 § 18 D. de aqua 43. 20) и: „ager itineri servit“ (l. 13 § 1 D. de S. P. R. 8. 3).] Можно присовокупить еще servus poenae. Ср. еще § 201 прим. 6 и Демеліуса Jahrb. f. Dogm. IV стр. 130.—Впрочемъ, очевидно, что и объ имуществѣ, предназначенномъ для пользованія извѣстнымъ лицамъ, можно сказать, что оно служитъ извѣстной цѣли. Въ этомъ смыслѣ мы въ § 49 не отличали № 1 отъ № 2.

[11]) Пецль Zeitschr. f. deutsches R. XVI. 7 (1856); Герберъ Jahrb. f. Dogm. II. 7 (1858).

ся съ физическими во всѣхъ отношеніяхъ. Какъ, съ одной стороны, они нерѣдко пользуются привилегіями, напримѣръ, казна [1]), такъ съ другой они поставлены въ гораздо болѣе невыгодное состояніе, чѣмъ физическія лица [2]).

Субъектомъ правъ и обязанностей будетъ юридическое лицо какъ таковое [2a]), слѣдовательно, при какомъ-либо учрежденіи не отдѣльныя лица, которымъ имущество идетъ въ пользу, а при корпораціи не члены ея [3]). Съ другой стороны, понятію юриди-

---

[1]) Обзоръ привилегій юридическихъ лицъ находимъ у Сентениса I § 15 § 58. прим. 48. О привилегіяхъ казны (fiscus) см. у Гольцштугера I § 32 № 2

[2]) Такъ, collegia, по крайней мѣрѣ, по римскому праву, не могутъ быть назначены наслѣдниками, l. 8 C. de her. inst. 6. 24. Личные сервитуты, которые сами по себѣ предполагаютъ живаго субъекта, искусственнымъ образомъ сдѣланы доступными остальнымъ юридическимъ лицамъ, но не лежачему наслѣдству, l. 26 D. de stip. serv. 45 3. Въ часто разбираемомся l. 10. de I. F. 49. 14 говорится: „Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit“, что Бекингъ (I §. 65 прим. 9 и § 96 прим. 21) относитъ теперь только къ толкованію привилегій фиска.

2a) Относительно фиска нужно замѣтить что различныя фискальныя кассы не должны считаться самостоятельными юридическими лицами, l. 2 C. de sol. 8. 43, l. 1 C. ne fisc. rem. 10. 5. L. 1 C. de comp. 4. 31, запрещающее засчитывать принадлежащее казенному должнику требованіе (Forderung) къ какой либо другой казенной кассѣ, основано на административныхъ соображеніяхъ. Ср. Келлера стр. 66—68.

[3]) L. 7 §. 1 quod cui. un. 3. 4. „Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent“. Ср. l. 6 §. 1 D. de D. R. 1. 8, l. 1 §. 7. D. de quaest. 48. 18, l. 10 §. 4 D. de in ius voc. 2. 4, l. 18 C. Th. de navicul ariis 13. 5. Когда участниками какого-либо правоотношенія являются нѣсколько лицъ какъ таковыя, то говорится о communio, а когда общеніе основано на договорѣ, то о societas. Но въ смыслѣ нетехническомъ выраженіе societas, подобно соотвѣтствующему нѣмецкому выраженію Gesellschaft, употребляется также для означенія настоящихъ юридическихъ лицъ, l. 1. pr. §. 1 D. quod cui. un. 3. 4, l. 3 §. 4 D. de B. P. 37. 1, l. 31 § 1 D. de furtis 47. 2,—societas publicanorum, акціонерное общество.—Сальковскій Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen (1863) старается доказать, что юридическимъ субъектомъ будутъ во всякомъ случаѣ отдѣльные члены корпораціи, но лишь въ качествѣ членовъ корпораціи, такъ что юридическимъ субъектомъ для внѣшняго практическаго результата является конечно корпорація, то-есть, единеніе членовъ корпораціи. Тоже говоритъ Баронъ die Gesammtrechtsverhältnisse im röm. R. (1864) §. 1. См. противъ этого §. 59 прим. 3a, далѣе Лабанда Zeitschr. f. Handelsr. IV стр. 181—184, Витте Zeitschr. f. Handelsr. VIII стр. 10. 11, А. Пернице krit. VSchr. VII стр. 107 и сл. О воззрѣніи Иеринга см. §. 49 прим. 2 въ к.

ческаго лица не противорѣчитъ, что членамъ корпораціи принадлежатъ извѣстныя права на ея имущество, напримѣръ, сервитуты или другія права пользованія ея вещами; это можетъ быть допущено такимъ же точно образомъ, какъ допускается право одного человѣка на имущество другаго человѣка [4]). Равнымъ образомъ понятіе юридическаго лица нисколько не поколеблется и оттого, что имущество корпораціи будетъ предназначено единственно для того, чтобъ имъ пользовались члены корпораціи соразмѣрно принадлежащимъ имъ правамъ на него, какъ, напримѣръ, въ нѣмецкихъ реальныхъ общинахъ; даже и въ томъ случаѣ, если имущество корпораціи раздѣлено между членами ея по его стоимости, какъ, напримѣръ, въ акціонерныхъ компаніяхъ новаго времени. Въ этомъ случаѣ имѣются, правда, особо устроенныя корпораціи; но понятіе корпораціи (юридическаго лица) отъ того нисколько не измѣнится [5]).

---

[4]) Ср. Р. Шмида Arch. f. civ. Pr. XXXVI стр. 160 и сл., Унгера krit. Ueberschau. VI. стр. 171—176. Объ одномъ обязательствѣ корпораціи по отношенію къ своимъ членамъ говорится въ l. 1 §. 15 D. ad SC. Treb. 36. 1, о процессѣ между ними обоими въ l. 9 D. quod cui. univ. 3. 4.

[5]) Все-таки не отдѣльныя личности будутъ субъектами имущества, но субъектъ имущества есть нѣчто отличное отъ нихъ, ихъ совокупность, ихъ единеніе — если не держаться приводящаго къ тому же мнѣнія, что имущество можетъ быть безсубъектно. Это справедливо даже въ томъ случаѣ, когда имущество корпораціи совершенно поглощается правами пользованія членовъ; нельзя, напримѣръ, опредѣлить право собственности посредствомъ перечисленія отдѣльныхъ, предоставляемыхъ имъ правъ, потому что оно есть нѣчто иное, чѣмъ сумма, агрегатъ этихъ правъ (§§ 167, 169 а прим. 8). Ср. Зейф. Archiv. XIII. 124. Въ томъ случаѣ, когда имущество раздѣлено между нѣсколькими лицами по своей стоимости, нужно различать слѣдующее. Если доля каждаго, какъ напримѣръ, въ акціонерныхъ компаніяхъ, выражена въ деньгахъ, то само собою разумѣется, что отдѣльныя лица не имѣютъ никакой доли въ имуществѣ, ибо это имущество (права и обязанности, изъ коихъ оно состоитъ) есть нѣчто иное чѣмъ деньги. Отдѣльныя лица имѣютъ лишь права требованія противъ истиннаго субъекта имущества (акціонерной компаніи) (съ этимъ согласны Витте Zeitschr. f. Handelsr. VIII стр. 17 и сл. и упомянутые тамъ, между тѣмъ какъ Кунце Zeitschr. f. Handelsr. VI стр. 28. 225. 235, krit. VlSchr. VI стр. 78 присвоиваетъ акціонеру извѣстное „ius in bonis“). Наоборотъ, если доли членовъ суть дробныя части самого имущества, то имѣется истинное общеніе. Однако и въ этомъ послѣднемъ случаѣ слѣдуетъ внимательно разсмотрѣть, не будетъ ли предметомъ этой доли не столько само имущество, сколько денежная стоимость его, какъ это, напримѣръ, дѣйствительно можетъ быть при промыслахъ для совмѣстнаго

2. Дѣйствія юридическаго лица.

§ 59.

Такъ какъ юридическое лицо не человѣкъ, то собственно о дѣйствіяхъ его и рѣчи быть не можетъ [1]). Оно получаетъ дѣеспо-

---

горнаго производства. Мнѣніе, будто въ этихъ случаяхъ имѣется тоже понятіе universitas, но въ другой формѣ, что тутъ имѣется сближеніе между universitas и communio, защищалъ Безелеръ (Erbverträge I стр. 73 - 88 [1835]. Volksrecht und Juristenrecht гл. VI [1843]. deutsch. Privatr. § 68. 71. 83); ср. кромѣ того Блунчли Staats-u. RGesch v. Zürich I стр. 82 и deutsch. Privatr. § 33. 38. 39, Вейске pract. Untersuchungen auf dem Gebiete des einheim. R. III стр. 144 и сл., а противъ: Тэль Volksrecht и т. д. стр. 18—62, Р. Шмидъ Arch. f. civ. Pr. XXXVI. 8 (1853), Герберъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 7 (1855), Унгеръ krit. Uberschau VI стр. 171 и сл. Но еще рѣшительнѣе должно быть отвергнуто то воззрѣніе, которое полагаетъ, будто акціонерныя компаніи, равно какъ и другія нынѣ столь многочисленныя общества для частныхъ и общественныхъ цѣлей, общества литературныя и художественныя, клубы, миссіонерскія общества и т. д., могутъ быть подведены подъ понятіе societas, лишь видоизмѣненнаго путемъ договора (только относительно исключенія раздѣльнаго иска допускаютъ измѣненіе по обычному праву), такъ смотрятъ Герберъ Zeitschr f. Civ. u Pr. N. F. XII стр. 202—205, Тэль Handelsr. I §. 44—47, Р. Шмидъ Arch. f. civ. Pr. XXXVI стр. 184 и сл. См. противъ этого Шюлера въ Jur. Abhandl. u Rechtsfälle von Ortloff и т. д. I стр. 246 и сл., Унгера österreich. Pr. R. I стр. 330. 331 и krit. Uberschau VI стр. 181 и сл., Рено das Recht der Actiengesellschaften стр. 102 и сл., Куне krit. VISchr. VI стр. 64—66, Г. Витте Zeitschr. f. Handelsr. VIII стр. 2. 3. Зейф. Arch. XX. 200. 201, ср. XXI 96. О выставленномъ другими понятіи о т. н. обществахъ съ коллективнымъ (формальнымъ) единствомъ лицъ (общество съ внутренней стороны, юридическое лицо съ внѣшней), см. Унгера krit. Ueberschau VI стр. 180. 181, Рено в. п. с. стр. 115 и сл.; къ этой мысли въ послѣднее время снова обратились Сальковскій въ цитированномъ въ прим. 3 сочиненіи и Герберъ deutsch. Privatr. § 198 съ 8 изд., ср. Куне в. п. с. стр. 66. 67; равнымъ образомъ и Бекеръ Zeitschr. f. Handelsr. IV стр. 557 и сл. (только этотъ писатель вмѣсто „юридическаго лица“ говоритъ о „Zweckvermögen“) и ср. тоже Иеринга Geist d. röm. R. III стр. 330 и сл. (§. 49 прим. 2 въ к.). Изъ новѣйшихъ и полныхъ сочиненій объ акціонерныхъ компаніяхъ можно указать вышеприведенное соч. Рено (1863); о немъ Куне krit. VSchr. VI стр. 53 и сл. и Г. Витте Zeitschr. f. Handelsr. VIII стр. 1 и сл. (оба послѣдніе писателя считаютъ акціонерныя компаніи хотя и юридическими лицами, но не корпораціями); см. далѣе статьи Трейчке Zeitschr. f. deutsch. R. V. 11., Іолли тамъ же XI. 10, Реймера тамъ же XIII. 11, Фика Zeitschr. f. Handelsr. V. 1. О полномъ товариществѣ см. II § 407, Ранда Arch f. deutsch. Wechselr. XV стр. 25 и сл.

[1]) Этотъ-то смыслъ имѣютъ слѣдующія слова l. 1 §. 22 D. de A. v. A. P. 41

собность лишь въ силу того, что право приписываетъ дѣйствіямъ извѣстныхъ физическихъ лицъ такое же значеніе, какъ еслибы это были дѣйствія самого юридическаго лица [1a]). Относительно того, какія лица въ правѣ дѣйствовать за юридическое лицо, нельзя установить общаго правила. По отношенію къ казнѣ это опредѣляется устройствомъ и правительственною организаціей даннаго государства, по отношенію къ учрежденіямъ волею учредителя и дополнительно государствомъ какъ верховнымъ опекунскимъ учрежденіемъ [2]). Что касается корпорацій, то нужно прежде всего обращать вниманіе на ихъ устройство, которое можетъ быть основано на законѣ, автономіи (статутѣ) и обычаѣ (Observanz). Если у корпораціи нѣтъ достаточно выработаннаго устройства [3]), то остается только волю ея членовъ считать волею самой корпораціи [3a]), при чемъ не явившіеся по надлежащему приглашенію члены въ счетъ не идутъ [4]). При разногласіи рѣшаетъ большин-

---

2: „municipes per se nihil possidere possunt, quia universi (то-есть какъ совокупность)consentire non possunt". Ср. Ulp. XXII. 5, l. un. §. 1. D de lib. univ. 38. 3.

[1a]) Безелеръ deutsch. Privatr. § 69, Блунчли deutsch Privatr. § 34, Баронъ Gesammtrechtsverhältnisse §. 1 въ различныхъ оборотахъ рѣчи приписываютъ корпораціи естественную способность воли: органъ ей нуженъ лишь для того, чтобы высказывать свою волю. Это невѣрный выводъ изъ весьма правильнаго соображенія, что корпорація, то-есть, соединеніе отдѣльныхъ лицъ въ одно, есть продуктъ „естественнаго человѣческаго стремленія" и въ этомъ отношеніи есть нѣчто естественное, а не искуственно созданное. У Барона къ этому примѣшивается и воззрѣніе, указанное въ § 58 прим. 5.

[2]) Ротъ Iahrb. f Dogm. I стр. 215—218, но ср. тоже Гербера тамъ же II стр. 353 и сл.

[3]) Сюда относится (не упоминаемое въ источникахъ) дѣленіе на universitates ordinatae и inordinatae.

[3a]) Члены корпораціи въ качествѣ представителей корпораціонной цѣли суть представители воли, соотвѣтствующей корпораціонной цѣли.—Сальковскій (§ 58 прим. 3) утверждаетъ, будто „безусловно логическій выводъ" требуетъ, чтобы воля членовъ корпораціи признавалась за волю корпораціи. Но въ томъ положеніи, что субъектъ права суть члены корпораціи въ этомъ своемъ качествѣ, по моему мнѣнію выражается только положеніе, что члены корпораціи считаются юридическимъ субъектомъ не порознь, а какъ одно лицо, и воля членовъ корпораціи есть именно ихъ воля, а не того, чѣмъ они считаются. Тоже, что у Сальковскаго, находимъ у Сиинтениса § 15 прим. 49.

[4]) Они должны считаться отказавшимися отъ своего права голоса.—Число явившихся безразлично, если только особымъ правиломъ не требуется опредѣ-

ство; не допуская этого, пришлось бы въ большинствѣ случаевъ совершенно отказаться отъ возможности опредѣлить волю корпорацій [5]). Единогласіе требуется лишь при резолюціяхъ, переступающихъ цѣль корпораціи; въ такого рода резолюціяхъ корпорація уже не дѣйствуетъ въ качествѣ корпораціи, но онѣ уже выражаютъ собою учредительную волю самихъ членовъ корпораціи [5a]). Но въ тѣхъ случаяхъ, когда корпорація существуетъ не только ради частныхъ интересовъ ея членовъ, для такого рода резолюцій не достаточно и единогласія; какъ скоро въ дѣло корпораціи замѣшанъ общественный интересъ, то для дѣйствительности даже единогласныхъ резолюцій требуется согласіе государства. Равнымъ образомъ, когда дѣло идетъ объ имуществѣ, предназначенномъ для пользованія лицамъ, преемственно слѣдующимъ другъ за другомъ въ напередъ опредѣленномъ порядкѣ, ни одинъ изъ предшественниковъ не въ правѣ путемъ распоряженій о данномъ имуществѣ отнимать у своихъ преемниковъ выпадающее на ихъ долю пользованіе этимъ имуществомъ; такія распоряженія могутъ стать законными лишь при посредствѣ законодательнаго акта [6]).

Искусственно присвоенная юридическому лицу дѣеспособность не простирается на правонарушенія (Delicte), то-есть, хотя бы сами по себѣ уполномоченные къ представительству за юридическое лицо совершили какое-либо правонарушеніе въ качествѣ представителей этого лица, но они все-таки не имѣютъ права слагать съ себя отвѣтственность за учиненное ими дѣяніе и переносить ее на юридическое лицо. Принципъ этотъ, вытекающій

леннаго числа членовъ. Въ источникахъ римскаго права для дѣйствительности опредѣленія ordinis decurionum, которое однако не есть городская община, но лишь заступаетъ ее, требуется наличность $^2/_3$ его членовъ, l. 2. 3 D. de decr. ab ord. fac. 50. 9, l. 46 C. de decur. 10. 31. Зейф. Arch. XIV. 200.

5) Ср. l. 19 D. ad munic. 50. 1, l. 160 § 1 D. de R. I 50. 17. Зейф. Arch. XXI. 202.

5a) Ср. Торгов. кодекса ст. 215.

6) Ср. относительно различныхъ воззрѣній Тибо civil. Abhandl. № 18 (1804. 1814), Gaudlitz s Haubold definibus inter ius singulorum et universitates regundis (1804; тоже въ Haubold i opusc. vol. II p. 546—620 cf. p. LXIII—LXXIX), Кори въ v. Langenn u. Kori Erörter. II. 1 (1830); Савинья II §. 96—99, Пфейферъ § 35. 36, Безелеръ Deutsch. Privatr. § 69.

изъ существа самаго дѣла, прямо выраженъ въ римскомъ правѣ [7]), но въ послѣдующее время онъ не всегда соблюдался [8]).

С. Возникновеніе юридическаго лица.

§ 60.

Юридическое лицо существуетъ не въ дѣйствительности, а въ представленіи. Но въ основѣ этого представленія находится нѣчто фактическое, на которое оно опирается, именно реально существующій субстратъ, коему мысль придаетъ значеніе лица. Слѣдовательно, лицо это возникаетъ вслѣдствіе того, что способный къ юридическому олицетворенію субстратъ, какъ-то: союзъ лицъ, считающійся какъ таковой юридическимъ субъектомъ, заведеніе, самостоятельное имущество, получаетъ конкретное существованіе.

Неоднократно однако утверждали, что для возникновенія юридическаго лица требуется еще коѐ-что особенное, а именно, чтобы данному субстрату присвоена была правоспособность особымъ актомъ государственной власти. При этомъ исходили изъ того вѣрнаго положенія, что правоспособность каждаго субъекта предполагаетъ признаніе ея со стороны юридическаго порядка. Правда, прибавляли, что это признаніе можетъ содержаться въ правилѣ, установленномъ юридическимъ порядкомъ разъ навсегда, какъ это должно сказать по отношенію къ физическому лицу (человѣку), государству (казнѣ), политическимъ общинамъ, церковнымъ приходамъ и непринятому наслѣдству. Но не допускали, чтобы на основаніи общаго (gemeines) права тоже самое слѣдовало сказать объ учрежденіяхъ и заведеніяхъ и о произвольныхъ союзахъ лицъ, утверждая, что признаніе ихъ правоспособности должно быть

---

[7]) L. 15. § 1 D. de dolo 4. 3, Nov. Maioriani tit. VII §. 11 (ed. Haenel p. 320). L. 9 §. 1. 3 D. quod metus causa 4. 2 слѣдуетъ понимать не въ смыслѣ притязанія къ правонарушителю, но въ смыслѣ притязанія къ обогатившемуся (l. 9 §. 8 eod.) Ср. Шлимана Lehre vom Zwang стр. 34 и сл.

[8]) C. 4 de censibus in VI° 3. 20 (иначе c. 5 de sent. excomm. in VI° 3. 11), Auth. Frid. II. Item nulla и *Item quaecunque* C. de ep. et cler. 1. 3, Aurea bulla c. 15 §. 4, Landfriede 1548 тит. 2. 14. 29 §. 4, им. суд. уст. (К.-G. O) II. 10 §. 1. Ср. вообще Савиньи II. §. 94. 95, Кирульфа стр. 135. 136, Вангерова I §. 55 прим., Синтениса I §. 15 прим 53.

испрашиваемо у государственной власти въ каждомъ конкретномъ случаѣ [1]). Съ этимъ мнѣніемъ нельзя однако согласиться. Правда въ римскомъ правѣ прямо не выражено то правило, что означенные классы юридическихъ лицъ обладаютъ правоспособностью и безъ особаго признанія ея со стороны государства; но вѣдь правило это не выражено также и по отношенію къ правоспособности другихъ юридическихъ, равно какъ и физическихъ лицъ; какъ тутъ, такъ и тамъ оно предполагается [2]). Впрочемъ,

---

[1] Что касается учрежденій, то вопросъ этотъ обсуждался по поводу дѣла о наслѣдствѣ Штеделя. Ср. объ этомъ Мюленбруха въ Forts. von Glück XL стр. 1 и сл. и цитированныя тамъ сочиненія. Признаніе за учрежденіями правоспособности считаютъ излишнимъ слѣдующіе писатели: Эльверсъ Erörterungen aus der Lehre von der testam. Erbfähigkeit jur. Personen стр. 159 и сл. (1827), Нортгофъ die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung стр. 93 и сл. (1833), Пухта Pand. § 28 и krit. Iahrb. IV стр. 705—712, Арндтсъ Pand. §. 46 и Rechtslexicon III стр. 915. 916, Безелеръ deutsch. Privatr. §. 67. 72, Блунчли deutsch. Privatr. §. 45, Демеліусъ Iahrb. f. Dogm. IV стр. 139—146, Ранда Arch. f. deutsch. Wechselr. XV стр. 21 и сл., ср, тоже Кирульфа стр. 150—152. Совокупности лицъ (Personenmehrheiten) считаются юридическими лицами и безъ спеціальнаго признанія за ними правоспособности (предоставленія «корпораціонныхъ правъ») у слѣдующихъ писателей: Безелера deutsch. Privatr. §. 67, Блунчли deutsch. Privatr. §. 34, Шюлера въ Iur. Abhandlungen u. Rechtsfälle von Ortloff и т. д. I № 5 §. 8, Унгера krit. Ueberschau VI стр. 148—156, Фитинга krit. Vierteljahrschr. I стр. 585. 586 и въ сочиненіи: die rechtlichen Verhältnisse am Stadtschieszgraben (Halle 1866) стр. 80 ср. стр. 83. 84, Демеліуса Jahrb. f. Dogm. IV стр. 137. 139, Арндтса §. 44, Ранда Arch. f. deutsch. Wechslr. XV стр. 17 и сл. О противоположномъ воззрѣніи ср. Мюленбруха в. п. с., Савиньи II §. 89, Пфейфера §. 13—15. 44, Рота Iahrb. f Dogm. I стр. 205 и сл., Сальковскаго (§. 58 прим. 3) стр. 19 и сл., Синтениса I стр. 107—110, Вангерова I §. 60 прим. въ к. Зейф. Arch. I. 314 стр. 329; XIV. 199; XI. 9, XII. 58, XIII. 206, XVIII. 4.—Однако защитники (по меньшей мѣрѣ, большинство ихъ) отвергнутаго здѣсь мнѣнія допускаютъ и молчаливое предоставленіе юридической личности и даже видятъ таковое въ каждомъ соизволеніи государства (см. далѣе текстъ).—HGB. ст. 208 абзацъ 1: „Акціонерныя компаніи могутъ быть учреждаемы лишь съ соизволенія государства“. § 60.

[2]) Вовсе неосновательно воззрѣніе, будто личность учрежденій и личныхъ союзовъ есть нѣчто неестественное и потому для нихъ будто необходимо одно лишь прямое признаніе ихъ правоспособности. Личность учрежденій и личныхъ союзовъ зиждется на представленіи, столь же обыкновенномъ въ жизни, какъ и представленіе о личности человѣка; почему же право не можетъ принять первую также просто и прямо, какъ оно несомнѣнно принимаетъ вторую? Ср. также

отъ признанія правоспособности слѣдуетъ отличать полицейское разрѣшеніе, которое можетъ требоваться положительнымъ правомъ даннаго государства для основанія союза (Verein) и для самостоятельнаго распоряженія извѣстнымъ имуществомъ. Притомъ есть еще иной вопросъ: слѣдуетъ ли законодательству, по крайней мѣрѣ, относительно личныхъ союзовъ, выражать свое признаніе ихъ юридической личности посредствомъ особаго предоставленія такого права. Въ пользу этого говоритъ то соображеніе, что въ данномъ случаѣ весьма легко можетъ возникнуть сомнѣніе, желаютъ ли соединяющіяся лица считаться отдѣльными лицами или союзомъ, то-есть, именно юридическимъ лицомъ; а между тѣмъ для вступающихъ съ ними въ сношенія крайне важно, чтобы на этотъ счетъ не было никакого сомнѣнія.

Что же касается до количества членовъ, потребнаго для того, чтобы личное соединеніе могло считаться юридическимъ лицомъ, то вывести общаго правила изъ существа дѣла не возможно.

D. Прекращеніе юридическаго лица.

§ 61.

Юридическое лицо прекращается само собою въ томъ случаѣ, если юридически олицетворяемый субстратъ пересталъ существо-

§. 59 прим. 1a. Что римское право дѣйствительно такъ и поступало съ учрежденіями для благотворительныхъ цѣлей и личными союзами, этого, при безпристрастномъ объясненіи источниковъ, отвергнуть невозможно. Учрежденія означеннаго рода считались лицами лишь въ силу ихъ существованія, при чемъ нигдѣ не упоминается о требованіи признанія за ними юридической личности; напр. l 23 C. de ss. eccl. 1. 2, l. 35 C. de ep. et cler. 1. 3; равнымъ образомъ объ этомъ требованіи не упоминается въ l. 46 C. de ep. et cler., гдѣ рѣчь идетъ именно о возстановленіи такого учрежденія, и хотя это послѣднее мѣсто не глоссировано, но оно можетъ служить, по крайней мѣрѣ, подтвержденіемъ другихъ указаній. Не слѣдуетъ смущаться и тѣмъ, что римское право говоритъ только объ учрежденіяхъ съ благочестивою цѣлью; оно не говоритъ о другихъ не потому, чтобъ оно не желало признать ихъ юридическими лицами, но потому, что ихъ тогда не было. Что касается корпорацій, то у римлянъ разрѣшались не всѣ личные союзы; но чтобъ для признанія за дозволенными корпораціями личности требовалось еще особое предоставленіе имъ правоспособности, объ этомъ и слѣда никакого нѣтъ. См. l. 1 §. 1. D. quod cui. univ. 3. 4 (ср. l. 1 pr. eod. и l. 1—3 D. de colleg. 47. 22), l. 20 D. de reb. dub. 34. 5.

[3]) По l. 85 D. de V. S. 50. 16 требуется наличность трехъ членовъ, но это мѣсто скорѣе имѣетъ въ виду дать точку опоры для судебнаго рѣшенія, чѣмъ установить безусловное правило. Ср. также Арндтса §. 44 прим. 2.

вать. Но помимо этого оно прекращается вслѣдствіе того, что наличный субстратъ становится недозволеннымъ, такъ, напримѣръ, вслѣдствіе отобранія полицейскаго дозволенія у извѣстнаго учрежденія или общества, если это дозволеніе у требуется мѣстнымъ правомъ. Въ этомъ случаѣ для государства не существуетъ болѣе признаннаго имъ годнымъ субстрата юридическаго лица. Но и здѣсь полицейское дозволеніе относительно субстрата не должно быть смѣшиваемо съ предоставленіемъ ему правоспособности; такъ какъ послѣднее для возникновенія юридическаго лица не требуется, то и нельзя сказать, что съ отобраніемъ его прекращается существованіе юридическаго лица [1]).

Необходимо однако еще точнѣе опредѣлить, что разумѣется подъ отпаденіемъ (Wegfall) субстрата юридическаго лица. Субстратъ послѣдняго не слѣдуетъ считать уничтожившимся тогда, когда въ данный моментъ онъ фактически не существуетъ, но лишь тогда, когда онъ не можетъ уже возобновиться [2]). Такъ, учрежденіе не перестанетъ еще быть лицомъ отъ того, что въ данный моментъ нѣтъ въ наличности его имущества; сдѣланное для него въ такое время представленіе какого-либо новаго имущества не есть еще основаніе новаго учрежденія. Равнымъ образомъ по выбытіи изъ корпораціи членовъ ея сама корпорація не прекратится до тѣхъ поръ, пока существуютъ еще ея цѣль и надежда, что для преслѣдованія этой цѣли найдутся новые дѣятели [3]). При наличности этого предположенія корпорація не мо-

---

[1]) Актомъ законодательства можетъ быть конечно, какъ и въ другихъ случаяхъ, опредѣлено, чтобы существующее юридическое лицо не считалось болѣе юридическимъ субъектомъ. Но не это разумѣютъ, когда говорятъ, что юридическое лицо можетъ быть прекращено чрезъ отнятіе у него личности государствомъ (напр. Пухта §. 28 въ к).; а подразумѣваютъ здѣсь актъ того офиціальнаго учрежденія, которому государство предоставило право раздавать привилегіи. § 61.

[2]) Здѣсь, какъ и при потерѣ владѣнія (l. 8 D. de A. v. A. P. 41. 2), требуется in contrarium agi.

[3]) L. 7 § 2 D. quod cui. univ. 3. 4 гласитъ: „Sed si universitas ad unum rediit, magis admittitur, posse eum convenire et convenirі, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis“. Но тоже должно сказать, „когда, напримѣръ, въ какомъ либо городѣ въ короткое время вымруть вслѣдствіе повальной болѣзни всѣ члены какого нибудь ремесленнаго цеха“, Савинья II стр. 280. См. также Пухта §. 28 s. (съ удачною ссылкою на l. 85 §. 1. D. de R. I. 50. 17: „Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt durent, licet

жетъ быть уничтожена даже опредѣленіемъ о ея закрытіи, постановленнымъ ея нынѣшними членами, тогда какъ внѣ этого предположенія существованіе ея такимъ опредѣленіемъ несомнѣнно прекращается [4]).

§ 62.

Что касается судьбы имущества прекратившагося юридическаго лица, то во первыхъ несомнѣнно, что съ прекращеніемъ юридическаго лица не уничтожаются принадлежащія отдѣльнымъ лицамъ права на это имущество; точно также и права членовъ корпораціи на имущество послѣдней. Посему, если корпораціонное имущество подлежитъ раздѣлу между членами корпораціи по его стоимости (§ 58), то это отношеніе продолжается и послѣ прекращенія общества; разница тутъ лишь въ томъ, что теперь идеальный раздѣлъ можетъ превратиться въ реальный. Помимо этого случая слѣдуетъ различать, постановило ли прекратившееся юридическое лицо до своего прекращенія опредѣленіе будущей участи своего имущества или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ опредѣленіе это подлежитъ исполненію, во второмъ случаѣ имущество юридическаго лица какъ безхозяйное поступаетъ къ государству. Такое опредѣленіе не мыслимо для заведенія или учрежденія, имущество коего не можетъ быть отдѣлено отъ даннаго ему назначенія. По отношенію къ корпораціи для такого рода опредѣленія требуется: 1) единогласіе во всякомъ случаѣ; 2) утвержденіе государства, если имущество корпораціи предназначено не для одного лишь частнаго пользованія членовъ корпораціи; 3) законодательное уполномочіе (Autorisation), если дѣло идетъ объ имуществѣ, пользованіе которымъ предоставлено лицамъ, слѣ-

---

ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt“ и Арндтса §. 45 прим. 1. Иначе Синтенисъ I §. 15 прим. 29.

4) Здѣсь разумѣется существованіе ея какъ юридическаго лица, ибо отпадаетъ субстратъ, то-есть совокупность составляющихъ ее лицъ. Корпорація не постановляетъ опредѣленія о томъ, что она хочетъ перестать быть юридическимъ субъектомъ, а только члены ея рѣшаютъ о томъ, чтобы разойдтись. Вотъ это-то и нужно сказать противъ Пухты §. 28. ч. и Rechtslexicon III стр. 73, Синтениса I §. 15 прим. 31, ср. Унгера krit. Ueberschau VI стр. 176—178. Само собою разумѣется, что для такого опредѣленія требуется единогласіе. Если не состоится единогласія, то корпорація продолжается въ лицѣ не соглашающихся на выходъ изъ нея, тогда какъ другимъ не возбраняется выбыть изъ нея.

дующимъ другъ за другомъ въ напередъ опредѣленномъ порядкѣ (§ 59) [1]).

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

ВОЗНИКНОВЕНІЕ, ПРЕКРАЩЕНІЕ И ИЗМѢНЕНІЕ ПРАВЪ.

I. Вообще.

Возникновеніе и прекращевіе.

§ 63.

Права возникаютъ вслѣдствіе конкретнаго осуществленія тѣхъ событій (Thatbestände), коимъ юридическій порядокъ сообщаетъ силу порождать такого рода право. Права прекращаются вслѣдствіе конкретнаго осуществленія тѣхъ событій, коимъ юридическій порядокъ сообщаетъ силу уничтожать такого рода право. Что касается притязаній (Ansprüche), то они могутъ уничтожаться не только прямо, то-есть, такъ что съ даннаго момента притязаніе юридически совершенно не признается, но и косвенно, то-есть, такъ, что хотя притязаніе само по себѣ все еще признается, но можетъ быть устранено посредствомъ возраженія. Впрочемъ, можетъ также случиться, что притязаніе съ самаго своего возникновенія будетъ связано возраженіемъ [1]).

Измѣненіе.

§ 64.

Права могутъ измѣняться, и не уничтожаясь. Другими словами, существо права остается тѣмъ же, а измѣняются лишь

---

[1]) Мнѣніе, будто имущество прекратившейся корпораціи всегда переходитъ къ ея членамъ, столь же ошибочно, какъ и мнѣніе противоположное. Первое нельзя доказать изъ l. 3 pr. D. de colleg. 47. 22, гдѣ говорится о союзахъ, что хотя бы юридическое лицо и существовало, но вслѣдствіе недозволенности союза оно не существуетъ. Ср. Унгера krit. Ueberschau VI стр. 178. 179, Арндтса §. 45 прим. 6. § 62.

[1]) Ср. §. 47. § 63.

свойства его. Такъ какъ существо права остается тѣмъ же, то по отношенію къ тому, на что не простирается измѣненіе, продолжаетъ дѣйствовать все то, что имѣло силу для даннаго права и до измѣненія [1]).

Измѣненіе можетъ касаться какъ содержанія, такъ и субъекта правъ.

Содержаніе [2]) права можетъ измѣниться либо въ количественномъ, либо въ качественномъ отношеніи. Въ количественномъ отношеніи: нынѣшнее состояніе права можетъ отличаться отъ прежняго только тѣмъ, что оно становится больше или меньше его, какъ напримѣръ, когда состоящая въ чьей-либо собственности вещь увеличивается отъ намыва, или когда вѣритель получаетъ неполное удовлетвореніе. Въ качественномъ отношеніи: право доставляетъ теперь другой родъ юридическаго господства чѣмъ прежде, каково, напримѣръ, право собственности послѣ его нарушенія (§ 43), или же когда и родъ юридическаго господства, остается безъ измѣненія, но измѣняется лишь то, что въ силу этого господства можно было требовать, каковъ, напримѣръ, случай, когда право требовать доставленія какой-либо индивидуальной вещи превращается въ право требовать денежнаго вознагражденія отъ должника, который по собственной винѣ не можетъ доставить эту вещь. При этомъ можетъ случиться еще, что право будетъ продолжать свое существованіе, но лишь въ измѣненномъ видѣ, какъ въ только-что указанномъ примѣрѣ, или же принятый правомъ новый видъ не производитъ никакого измѣненія въ первоначальномъ составѣ права, какъ это можно видѣть изъ перваго вышеприведеннаго примѣра [3]).

§ 65.

Субъектъ [1]) правъ можетъ измѣняться отъ того, что мѣсто

---

§ 64. [1]) Вотъ въ чемъ заключается практическій интересъ различія между измѣненіемъ права и возникновеніемъ новаго права на мѣсто прежняго.

[2]) Ср. Савинья III стр. 4.

[3]) Собственникъ не перестанетъ быть собственникомъ со всѣми входящими въ составъ права собственности управомочіями лишь вслѣдствіе того, что пріобрѣлъ притязаніе противъ опредѣленнаго лица, незаконно удерживающаго вещь. Вѣдь притязаніе это есть не столько новое право, сколько прежнее право въ новой функціи (intentio этого actio простирается не на restitui oportere, но на rem actoris esse.

§ 65. [1]) Ср. Савинья III §. 105, Вехтера II §. 79. 80, Унгера II §. 74.

прежняго субъекта заступаетъ новый. Въ обязательственныхъ правахъ можетъ измѣняться не только управомоченный, но и обязанный субъектъ. Такое вступленіе одного субъекта на мѣсто другаго технически называется (юридическимъ) преемствомъ (successio); новый субъектъ права называется (юридическимъ) преемникомъ (Nachmann, successor), а прежній (юридическимъ) предмѣстникомъ (Vormann).

Не всѣ права могутъ мѣнять своего субъекта; главнымъ образомъ юридическое преемство осуществляется въ области имущественнаго права. Въ этой области преемство можетъ касаться или имущества какъ цѣлаго (§ 42), и слѣдовательно, всѣхъ его составныхъ частей, или же только отдѣльныхъ частей имущества; поэтому различается общее, универсальное преемство (Gesammtnachfolge), и сингулярное или частное преемство (Sondernachfolge)[2]).

---

[2]) Гассе Arch. f. civ. Pr. V стр. 19 и сл.—Римскія выраженія суть: succedere (successio) in universum ius, in omne ius, in ius (iuris successor), per universitatem (universitatis successio), in universa bona — in rem, in rei dominum, in singularum rerum dominum. Выраженія succedere etc. употребляются еще просто для обозначенія общаго преемства. Ср. l. 3 §. 1 D. de exc. rei vend. et tr. 21. 3, l. 37 D. de A. v. O. H. 29. 2, l. 3 pr. D. de B. P. 37. l.l. 9. §. 1 D. de edendo 2. 13, l. 1 §. 13 D. quod. leg. 43. 3, l. 24 §. 1 D. de damno inf. 39, 2; l. 170 D. de V. S. 50. 16, l. 7 §. 2 D. de cond. furt 13. 1, l. 9 §. 1 D. de edendo 2. 13, l. 1. §. 13 D. quod. leg. 43, 3, l. 24 § 1 D. de damno inf. 39. 2; l. 170 D. de V. S. 50. 16, l. 7 §2 D. de cond. furt. 13. 1, l. 9 § 1 D. de edendo 2. 13. Гассе в. п. с. стр. 40 и сл., Савинья в. п. с. стр. 17 и сл.—Выраженіе succedere (successio) in locum не всегда означаетъ юридическое преемство; оно употребляется и въ томъ случаѣ, когда съ возникновеніемъ новаго права мѣсто прежняго управомоченнаго занимаетъ новое лицо. Дернбургъ Arch. f. civ. Pr. XLI стр. 3 и сл. (Закладное право II).

[3]) Указанное понятіе юридическаго преемства въ послѣднее время часто оспаривалось то относительно юридическаго преемства вообще, то относительно сингулярнаго преемства, и притомъ на основаніи того воззрѣнія, что субъектъ есть существенная принадлежность права и что потому съ перемѣною субъекта и самое право должно стать инымъ. Сюда относятся: Кунце die Obligation и т. д. §. 15—20, Нейнеръ Wesen und Arten der Privatverhältnisse и т. д. стр. 116 и сл., Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 345 и сл. Кунце утверждаетъ, что при сингулярномъ преемствѣ прежнее право не продолжается, но изъ „матеріи“ (Stoff) прежняго права создается новое; тоже говоритъ Сальпіусъ; равнымъ образомъ по мнѣнію Нейнера при юридическомъ преемствѣ переходитъ не право, но лишь „матерія (содержаніе) права“ (Rechtsstoff). Но что эта отправная точка ошибочна, видно уже изъ того, что право можетъ существовать и безъ всякаго субъекта (§. 49 прим. 2). Но даже независимо отъ

Бездѣйствіе правъ (Ruhen der Rechte).

§ 65a.

Съ прекращеніемъ правъ не слѣдуетъ смѣшивать бездѣйствіе ихъ. Бездѣйствующее право подобно прекратившемуся не имѣетъ дѣйствія; но лишь только отпадаетъ фактъ, коимъ исключалось его дѣйствіе, оно снова получаетъ силу, не нуждаясь въ новомъ возникновеніи [1]).

этого, права получаютъ индивидуальность, свое отличіе отъ другихъ правъ тотчасъ при своемъ возникновеніи; всякое право есть тотъ индивидъ, какимъ оно является въ дѣйствительности, потому именно, что оно основывается на этомъ конкретномъ правопроизводящемъ фактѣ. Иначе право А требовать отъ В 100 р. въ силу займа и право А требовать отъ В 100 руб. въ силу купли-продажи были бы одно и тоже право. А потому если на правопроизводящее событіе, на которое прежде могъ сослаться А, теперь можетъ сослаться В, то В имѣетъ право, не одинаковое съ А, а тоже самое, тожественное право. Противъ Кунце высказывались: Виндшейдъ die Actio и. т. д. стр. 157—160, Беккеръ Heidelb. krit. Zeitschr. III стр. 452—455, Арндтсъ §. 56. прим. 2, Унгеръ II §. 74 прим. 4, Гюргенсъ Iahrb. f. Dogm. VIII стр. 223 и сл. Сальпіусъ изъ своего воззрѣнія выводитъ то послѣдствіе, что въ новаціи заключается преемство. Противъ этого см. Г. Витте krit. VISchr. VIII стр. 311 и сл.—И Бринцъ (Iahrb. d. gem. R. III. стр. 31. 32) полагаетъ сущность юридическаго преемства въ томъ, что право преемника возникаетъ изъ права предмѣстника; при этомъ однако онъ не раздѣляетъ мнѣнія, что право преемника не есть тоже право предмѣстника, но это тожество, говоритъ онъ, имѣетъ мѣсто не только въ юридическомъ преемствѣ, но напримѣръ, и въ давностномъ владѣніи,—выводъ, который, какъ мнѣ кажется, вовсе не вытекаетъ изъ выставленныхъ Бринцомъ посылокъ. Эксперъ Tradition стр. 1 прим. 2.—Лепцъ (Recht des Besitzes стр. 45 - 76) обсуживаетъ это отношеніе такъ: прежній субъектъ отказывается отъ сво го права на данный объектъ съ тѣмъ, чтобы господство надъ этимъ объектомъ, ставшимъ теперь безхозяйнымъ, пріобрѣтено было другимъ. Это мнѣніе находится въ связи съ его своеобразнымъ и страннымъ воззрѣніемъ на сущность (субъективнаго) права вообще, воззрѣнія, по которому основаніе права заключается не въ юридическомъ порядкѣ, но въ волѣ управомоченнаго (ср. §. 150 прим. 1). Ср. также Бремера Zeitschr f. Civ. и Pr. N. F. XX стр. 70 прим 27.

§ 65a. [1]) Примѣры: собственность на извѣстную вещь, которая соединена съ другою вещью какъ ея составная часть (§. 188 прим. 7, §. 189 прим. 4). Actio notalis, когда рабъ и др., которыми этотъ actio обусловленъ, перешелъ въ собственность и т. д. вѣрителя, Gai. IV. 78. Вексель въ рукахъ должника, A. D. W. O. статья 10, Кунце Wechselr. стр. 84. 86). Безлѣйствіе права отчасти: напр. закладнаго права на собственную вещь (§. 248 прим. 26 и сл.).

Пріобрѣтеніе и потеря правъ.

§ 66.

Пріобрѣтеніе права есть соединеніе права съ опредѣленнымъ субъектомъ; потеря права есть разъединеніе права отъ субъекта, съ коимъ оно было соединено.

Пріобрѣтеніе права не всегда есть вмѣстѣ съ тѣмъ возникновеніе его. Первое всегда совпадало бы съ послѣднимъ, если бы не существовало юридическаго преемства; но юридическій преемникъ пріобрѣтаетъ право, возникшее не въ самый моментъ пріобрѣтенія. Равнымъ образомъ утрата права юридическимъ предмѣстникомъ не есть еще прекращеніе права [1]).

Пріобрѣтеніе права, происходящее путемъ юридическаго преемства, составляетъ видъ производнаго пріобрѣтенія. Подъ производнымъ пріобрѣтеніемъ разумѣется всякое пріобрѣтеніе, которое опирается на существующее уже право, такъ что пріобрѣтенное право выводится отъ права, которое уже существенно. Кромѣ пріобрѣтенія путемъ юридическаго преемства сюда же относится случай, когда изъ существующаго права рождается право другаго рода, напримѣръ, изъ права собственности сервитутъ 1a). Тотъ, отъ права котораго производится пріобрѣтенное право, называется юридическимъ предмѣстникомъ (auctor, Rechtsurheber)[2]). Противоположность производному пріобрѣтенію образуетъ самостоятельное пріобрѣтеніе [3]).

[1]) Другая причина, почему не необходимо совпадаютъ пріобрѣтеніе и возникновеніе, потеря и прекращеніе права заключается въ возможности безсубъектнаго существованія правъ. § 66.

1a) Экскурсъ Tradition стр. 1—4.

[2]) Auctor. L. 175 §. 1 D. de R. I. 50. 17 (ср. l. 54. 1 177 pr. eod.). Это выраженіе употребляется преимущественно для означенія сингулярнаго преемства; ср. однако, l. un C. Hermog. de cuccess. 12.

[3]) Обычныя названія суть; производное (derivativer) и первоначальное (originärer) пріобрѣтеніе. Послѣднее выраженіе замѣнено здѣсь выраженіемъ: самостоятельное пріобрѣтеніе въ томъ именно смыслѣ, что это пріобрѣтеніе есть такое, которое носитъ въ самомъ себѣ свое происхожденіе (origo).

Юридическіе факты.

§. 67.

Отдѣльные моменты событій, коими обусловливаются возникновеніе, прекращеніе и измѣненіе правъ, называются юридическими фактами. Событіе (Thatbestand) можетъ состоять изъ одного факта или изъ совокупности нѣсколькихъ фактовъ. Въ послѣднемъ случаѣ факты, образующіе событіе, могутъ не совпадать по времени; это возможно напримѣръ, въ томъ случаѣ, когда воля лицъ вступающихъ въ договоръ, изъявлена ими не одновременно; несовпаденіе фактовъ бываетъ и неизбѣжное, напр. давностное владѣніе предполагаетъ сначала извѣстный фактъ овладѣнія, а затѣмъ продолженіе въ теченіе извѣстнаго срока самого владѣнія [1]).

Юридическіе факты могутъ быть не только положительнаго, но и отрицательнаго свойства. Напримѣръ, упущеніе, бездѣйствіе, можетъ имѣть юридическія послѣдствія точно также какъ и дѣйствіе.

Имѣетъ ли данный фактъ юридическое дѣйствіе и какое именно, этотъ вопросъ можетъ быть разрѣшаемъ и не при самомъ осуществленіи факта, а только при наступленіи послѣдующихъ отношеній; въ послѣднемъ случаѣ фактъ остается до времени въ состояніи неизвѣстности или колебанія. (Schwebe) [2])

---

§ 67. [1]) Ср. Иеринга Geist d. röm. R. III стр. 143 и сл.

[2]) Въ подобномъ случаѣ источники говорятъ: pendet, in pendenti, in suspenso est, или о правоотношеніи (напр. dominium l. 12 §. 5 l. 25 §. 1 D. de usufr. 7. 1. causa obligationis l. 20 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. servi status l. 86 §. 2 D. de leg. I. 30), или о самомъ фактѣ (напр. traditio, stipulatio, l. 14 §. 1 D. de castr. pec. 49. 17, alienatio l. 3 §. 5 D. de statulib. 40. 7. mutui datio. l. 8 D. de R. C. 12. 1, actus l. ult. comm. praed. 8. 4). Но въ подобномъ случаѣ фактъ не всегда лишенъ всякаго немедленнаго дѣйствія; можетъ случиться, что онъ уже и теперь въ состояніи проявить, если не собственно ему принадлежащее, то другое дѣйствіе. Такъ, переданное вслѣдствіе условнаго изъявленія воли право можетъ быть пріобрѣтено не прежде, какъ исполнится условіе; но передающій во всякомъ случаѣ немедленно же связанъ, онъ уже не можетъ воспрепятствовать пріобрѣтенію права въ случаѣ осуществленія условія (§. 89). Только тамъ гдѣ является такое отношеніе, имѣетъ юридическое значеніе и понятіе будущаго права; въ остальныхъ же случаяхъ будущее право вовсе не есть право (ср. Унгера II стр. 7. 8). Это же отношеніе имѣется въ виду у одного изъ новыхъ писателей (Фиттингъ über den Begriff der Rückziehung (1856), который выставилъ понятіе „предварительнаго дѣйствія“ (Vorwirkung).

Юридическіе факты обыкновенно оказываютъ свойственное имъ юридическое дѣйствіе только на предстоящее время; короче, они дѣйствуютъ лишь на будущее время. Но случается также, что положительное право сообщаетъ извѣстному факту вліяніе на предшествующее ему время, на прошлое, то-есть, оно предписываетъ, чтобы нынѣ наступившее дѣйствіе факта считалось какъ бы наступившимъ прежде [3]). Въ этомъ случаѣ говорятъ, что фактъ имѣетъ обратную силу, или что ему придано обратное дѣйствіе [4]).

Это послѣднее отношеніе можно выразить еще такъ: данное отношеніе должно быть обсуживаемо такъ, какъ будто самый фактъ наступилъ еще прежде. Равнымъ образомъ случается, что какое либо юридическое правило предписываетъ, чтобы извѣстное событіе имѣло такую же юридическую силу, какъ еслибъ этотъ фактъ имѣлъ иное содержаніе. Въ этихъ случаяхъ говорятъ о фикціи [5])

Ср. рецензіи на это сочиненіе Виндшейда въ Heidelb. krit. Zeitschr. IV стр. 49 и сл. и Шейрля въ krit. Ueberschau V стр. 24 и сл., далѣе Арндтса §. 57 прим. 2, Вангерова I стр. 555. 556 ugg. 7.

[3]) L. 193 D. de R. I. 50. 17. „Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitiseent“. L. 138. pr. eod., l. 54 D. de A. v. O. H. 29. 2.—L. 44. §. 1 D. de leg. I° 30:—„ubi legatarius non repudiavit retro ipsius fuisse videtur (sc res legata), ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis„. L. 86 §. 2 eod.—L. 35 ad leg. Aq. 9. 2:—«retro accrevisse dominium ei videtur“.—L. 25 §. 1 D. de usufr. 7. 1:—„retro fructuarii fuisse“. L. 43 §. 2 D. de A. R. D. 41. 1.—Ср. l. 3 §. 5 D. de statulib. 40. 7:—„ pendebit praecedentis summae alienatio, sic tamen ut non retro fiant nummi accipientis“. L. ult. D. comm. praed. 8. 4:—„cum.... postremus cedat, non retro acquiri servitus videtur“ L. 17 §. 2 D. de furt 47. 2. (II §. 394 прим 2.).

[4]) L. 7 pr. C. ad. SC. Mac. 4. 28:—„cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea quae ab initio subsecuta sunt“. L. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16.—„confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“. Въ l. II §. 2. 9. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 и l. 40 D. de m. c. don. 39. 6 о самомъ подтвержденномъ ничтожномъ юридическомъ актѣ говорится: retro agitur, reducitur (насколько подтвержденіе ничтожнаго юридическаго акта есть собственно. новое совершеніе его). Въ l. 15 D. de reb. dub. 34. 5 говорится вообще: res retro ducitur.—Ср. объ этомъ отношеніи цитированное въ прим. 2 почтенное сочиненіе Фиттинга.

[5]) Римское право особенно любитъ прибѣгать къ фикціямъ. Такъ, въ формулѣ арроганціи говорится (Gell. Noct. Att: V. 19. 9), что усыновленный долженъ стать

§. 68.

Изъ обзора различныхъ юридическихъ фактовъ видно, что важнѣйшее основаніе возникновенія, прекращенія и измѣненія правъ составляютъ:

1) направленныя къ тому изъявленія воли частныхъ лицъ; такія изъявленія воли называются юридическими актами или сдѣлками (Rechtsgeschäfte). Имъ противополагаются

2) судебныя изъявленія воли и

3) всѣ остальные факты. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ говорятъ о возникновеніи правъ по закону [1]).

Не всѣ юридическіе факты требуютъ и допускаютъ такое общее разсмотрѣніе, въ какомъ они здѣсь единственно возможны и должны быть представлены. Такому обобщенію можно подвергнуть лишь слѣдующіе юридическіе факты:

1) юридическія сдѣлки (§. 69—100);

2) недозволенное (unerlaubtes Verhalten) (§ 101);

3) истеченіе времени. Но не только само время можетъ быть юридическимъ фактомъ, но и иной фактъ, лишь по отношенію времени, можетъ стать юридическимъ. По этому можетъ быть рѣчь о юридическомъ значеніи времени вообще. (§. 102—113) [2]).

въ такое же положеніе, какъ еслибъ онъ произошелъ отъ усиновителя. Вмѣсто того, чтобы сказать, что юридическая свобода римскаго гражданина не утрачивается чрезъ взятіе его въ плѣнъ непріятелемъ, римское право говоритъ о немъ, что онъ разсматривается какъ вовсе не бывшій въ плѣну, все равно вернется ли онъ изъ плѣна или же умретъ въ немъ, l. 12 §. 6. l. 16. 18. 22 pr. D. de capt. 49. 15. Ср. Демеліуса die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung (1858), и на него реценз. Арндтса krit. VISchr. I стр. 93 и сл. Теперь также Игеринга Geist des röm. R. II стр. 284—292. (Унгеръ österr. Erbrecht §. 7 прим. 10).

§ 68. [1]) Въ основѣ этого весьма употребительнаго обозначенія лежитъ слѣдующее представленіе: права возникаютъ 1) посредствомъ человѣческой воли, 2) посредствомъ воли закона. Нѣтъ надобности объяснять, что рѣшительное значеніе и въ первомъ случаѣ имѣетъ не воля человѣка, а воля закона, одарившая первую волю юридическою силой.

[2]) Въ учебникахъ придается также смерти значеніе общаго факта, именно при исчисленіи исковъ, прекращающихся вслѣдствіе смерти управомоченнаго или обязаннаго лица, см. напр. Савиньи V. § 230, Пухта § 88, Арндтса § 104). Въ этомъ отношеніи нужно замѣтить слѣдующее: 1) если въ римскомъ правѣ говорится, что есть actiones, прекращающіеся вслѣдствіе смерти управомоченнаго или обязаннаго лица (ср. напр. § 1 I. de perpet et temp. act. 4 12),

Но есть еще ученіе, относящееся къ юридическимъ фактамъ вообще, именно ученіе о возвращеніи въ прежнее состояніе; о немъ слѣдуетъ сказать въ концѣ (§ 114—120).

II. Юридическіе факты.

A. Понятіе и виды.

§ 69.

Подъ юридическимъ актомъ разумѣется изъявленіе частной воли о томъ, чтобы извѣстное право возникло, прекратилось или измѣнилось [1]).

то эти actiones по нашему суть притязанія (§. 44); 2) если перечислять притязанія, не переживающія смерть субъекта, то нѣтъ никакого основанія не дѣлать того же и по отношенію къ правамъ вообще; 3) не видно никакой пользы отъ перечисленія правъ и притязаній, прекращающихся со смертью субъекта; достаточно замѣтить, что существуютъ такія права, а относительно подробностей достаточно указать на особенныя юридическія ученія. Ср. Виндшейда die Actio и т. д. § 5.— О т. н. concursus actionum см. §. 121 прим. 9.

§ 69. [1]) Относительно опредѣленія юридическаго акта (Rechtsgeschäft) писатели не совсѣмъ согласны между собою. Ср. Бухгольца jur Abhandl. № 9, Савиньи III стр. 5. 6, Синтенисъ I §. 19 прим. 1, Вехтера II стр. 634. 635, Унгера II стр. 40. Нельзя сказать, что юридическій актъ есть изъявленіе воли, направленное на установленіе и т. д. права (Пухта §. 49, Арндтсъ §. 63), ибо изъ этого слѣдовало бы, что и судебное рѣшеніе есть юридическій актъ. (Противъ этого Арндтсъ въ 5 изд. замѣчаетъ, что не противно правиламъ языка будетъ назвать юридическимъ актомъ и рѣшеніе. Не противно языку, но и не употребительно; и притомъ къ рѣшеніямъ менѣе всего могутъ быть примѣняемы тѣ же начала, которыя имѣютъ силу по отношенію къ юридическимъ актамъ. Ферстеръ Preusz. Privatr. I стр. 130 прим. 3 говоритъ: судебное рѣшеніе есть именно рѣшеніе, а вовсе не изъявленіе воли. Неужели и осужденіе (condemnatio) и присужденіе чего-либо (adjudicatio)?). Съ другой стороны опредѣленіе будетъ узко, если ограничить его собственными правоотношеніями изъявляющаго волю; юридическій актъ можетъ быть также направленъ на опредѣленіе правоотношеній третьяго лица, такъ, напр., отказъ вещи, не принадлежащей наслѣдодателю. Вехтеръ II стр. 636 прим. 4. — Арндтсъ в. п. с. въ 5 изд. сверхъ того возражаетъ противъ моего опредѣленія, что существуютъ и международные юридическіе акты. Но мнѣ кажется, что для системы гражданскаго права гораздо болѣе интереса, чтобы опредѣленіемъ устранить мысль о судебномъ рѣшеніи, чѣмъ мысль о международномъ договорѣ. При-

Важнѣйшее дѣленіе юридическихъ актовъ есть дѣленіе ихъ на односторонніе и двусторонніе. Именно, юридическій актъ возникаетъ либо чрезъ изъявленіе воли одного лица, либо отъ соединенной воли нѣсколькихъ лицъ; точнѣе: изъявленная однимъ лицомъ воля должна быть понятна и подтверждена посредствомъ изъявленія воли другаго. Двусторонній актъ принято называть договоромъ (Vertrag) [2]). Договоръ находитъ себѣ примѣненіе не только, въ сферѣ обязательственнаго права [3]), но и во всей области права [4]).

Кромѣ того, юридическіе акты бываютъ еще обременительныя и дарственныя (lästige und wohlthätige, onerosa et lucrativa negotia) [5]), смотря потому, требуютъ ли они отъ совершителя какого-либо пожертвованія (все равно будетъ ли послѣднему соотвѣтствовать какая нибудь выгода или нѣтъ), или же доставляютъ ему только выгоду. Далѣе бываютъ юридическіе акты (сдѣлки) между живыми и на случай смерти [6]); подъ послѣдними разумѣются тѣ акты, которые имѣютъ своимъ назначеніемъ опредѣлить правоотношенія изъявляющаго волю послѣ его смерти.

Въ заключеніе нужно указать еще на понятія отчужденія и отреченія [7]).

томъ и въ международномъ договорѣ контрагенты суть представители частнаго интереса. Въ этомъ смыслѣ я затѣтилъ выраженіе, употребленное мною въ 1 изданіи: изъявленіе воли частнаго лица выраженіемъ: частное изъявленіе воли.

[2]) Pactio, conventio. L. 1 §. 2. 3 D. de pactis 2. 14; ср. l. 3 pr. D. de pollicit. 50. 12. О понятіи договора см. именно Бекинга I §. 103 прим. 12, Куне Inhaberpapiere §. 81.

[3]) Савиньи III §. 140. 141, Унгеръ. II §. 93.

[4]) Примѣнимость юридическихъ актовъ только къ обязательственному праву составляло прежде господствующее воззрѣніе. Это происходило оттого, что не отличали различные виды обязанностей, что отожествляли понятіе обязанности съ obligatio. Еще и теперь этого взгляда держится Вангеровъ (I §. 311 прим. 4. §. 350 прим. 1 № 1, впрочемъ, въ 7 изданіи онъ отдѣляетъ только „договоры въ собственномъ смыслѣ“). См. противъ него Арндтса §. 63 прим. 1.

[5]) Другіе говорятъ: возмездныя и безвозмездныя юридическіе акты. Въ источникахъ рѣчь идетъ о пріобрѣтеніи ex causa lucrativa (напр. l. 13. §. 15 D. de A. E. V. 19. 1.; а конечно, вовсе не о пріобрѣтеніи и ex causa onerosa.

[6]) Inter vivos — mortis causa, эти выраженія согласны съ источниками, см. напр. l. 25 pr. D. de inoff. 5. 2. Ср. Гассе Rhein. Mus. II стр. 211 — 218.

[7]) Alienatio; renuntiatio.

Объ отчужденіи [8]) можно говорить въ различныхъ смыслахъ. Въ тѣсномъ и истинномъ смыслѣ подъ отчужденіемъ разумѣется такой юридическій актъ, посредствомъ котораго одно лицо переноситъ принадлежащее ему право на другое лицо [9]). Въ болѣе обширномъ смыслѣ объ отчужденіи говорятъ и въ томъ случаѣ, когда отъ права просто отказываются, безъ перенесенія его на другое лицо [10]). Но отчужденіе понимается еще въ самомъ широкомъ смыслѣ, такъ что оно выступаетъ изъ сферы юридическихъ актовъ; именно, подъ нимъ разумѣютъ также всякое добровольное дѣйствіе, клонящееся къ потерѣ права, хотя бы потеря эта основывалась не на изъявленной волѣ теряющаго, а на чемъ нибудь иномъ [11]). Въ какомъ именно смыслѣ слѣдуетъ понимать это выраженіе, это разрѣшается особо для каждаго юридическаго правила, въ которомъ оно встрѣчается [12]).

[8]) Савиньи IV §. 145 — 148, Вехтеръ II стр. 638 — 643, Унгеръ II стр. 173 — 179.

[9]) Наравнѣ съ перенесеніемъ стоитъ случай, когда кто-либо только ограничиваетъ свое право правомъ, предоставленнымъ другому, l. 7 C. de reb. al. 4. 51.

[10]) L. 5 § 8 D. de reb. eor. 27. 9. „Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat“. Ср. l. 28 pr. i. f. D. de V. S. 50. 16.

[11]) L. 28 pr. D. de V. S. 50. 16 „Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutem“. Первой части этого мѣста Савиньи IV стр. 567 — 570 (ср. ниже §. 182 прим. 14) даетъ узкое объясненіе. См. далѣе l. 5 §. 6. 7. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 § 1 l. 4 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Сюда же относится и случай пріема платежа (Gai II. 84, l. 15 D. de sol. 46. 3), на который указываютъ Вехтеръ и Унгеръ подъ № 2.

[12]) Такъ, непринятіе отказа (Vermächtnisz) есть alienatio въ смыслѣ того юридическаго правила, что малолѣтній (pupillus) не можетъ отчуждать безъ auctoritas praetoris (l. 5 §. 8. D. de reb. eor. 27. 9, ср. II §. 441 прим. 6), но оно не будетъ alienatio въ смыслѣ того юридическаго правила, что вѣритель не въ правѣ ничего отчуждать in fraudem creditorum (l. 6 § 4 D. quae in fr. cred. 42. 8, ср. II §. 463 прим. 7). Непрерываніе давности, начавшейся уже при вступленіи въ бракъ, не есть alienatio по отношенію къ запрещенію отчуждать недвижимое приданое (l. 16. D. de fundo dot. 23. 5), но оно есть alienatio по отношенію къ запрещенію дареній между супругами, насколько по крайней мѣрѣ, можетъ быть потребована обратно стоимость подареннаго (l. 5 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). См. также l. 1 pr. въ связи съ l. 16 D. de fundo dotab. 23. 5, и вообще ср. Савиньи IV прил. IX, Бахера Arch. f. civ. Pr. XLVI. 8.

Подъ отреченіемъ [13]) разумѣется просто остановленіе какого-либо права, слѣдовательно, тоже отчужденіе во второмъ изъ указанныхъ смысловъ; но въ болѣе широкомъ смыслѣ подъ понятіе отреченія подводится и изъявленіе воли не пріобрѣтать какого-либо права, пріобрѣтеніе котораго было бы возможно. Что именно требуется для юридической силы отреченія, объ этомъ не можетъ быть указано общаго правила [14]).

B. Условія дѣйствительности актовъ.

Введеніе.

§. 70.

Для того, чтобы юридическій актъ могъ привести къ тѣмъ послѣдствіямъ, на которыя онъ разчитанъ, онъ долженъ удовлетворять извѣстнымъ условіямъ. Если же онъ не удовлетворяетъ хотя одному изъ нихъ, то считается недѣйствительнымъ. О недѣйствительности юридическихъ актовъ подробнѣе будетъ сказано ниже (§ 82); однако для пониманія нижеслѣдующаго нужно уже и здѣсь замѣтить, что недѣйствительность можетъ быть двоякая: либо ничтожность акта (Nichtigkeit), такъ что недѣйствительный актъ не имѣетъ никакой силы, либо оспариваемость акта (Anfechtbarkeit), то-есть, самъ по себѣ онъ имѣетъ силу, но она можетъ быть оспорена.

Что касается условій дѣйствительности юридическихъ актовъ, то слѣдуетъ прежде всего сдѣлать общій ихъ обзоръ

Вообще чтобы можно было говорить о юридическомъ актѣ, необходима наличность частной изъявленной воли, направленное на возникновеніе, прекращеніе или измѣненій какого-либо права.

---

[13]) Фрицъ въ Arch. f. civ. Pr. VIII. 15 (1825). Гребе die Lehre des Verzichtes (1843; см. о немъ krit. Jahrb. f. d. RWissensch. 1845. стр. 831—833). Бахеръ Jahrb. f. Dogm. V. 5 (1861). Савиньи IV стр. 544—547, Вехтеръ II стр. 643—650, Синтенисъ I стр. 220—223, Унгеръ II стр. 179—188, Гольдшугеръ I §. 12 № 7—18

[14]) Все-таки можно сказать, что для юридической силы отреченія обыкновенно недостаточно простаго изъявленія воли отрекающагося. Такъ, по отношенію къ собственности требуется физическое оставленіе (derelictio) (§ 191), а въ другихъ случаяхъ принятіе другою стороной.

Но право не за всѣми лицами признаетъ способность изъявлять волю; не всѣмъ лицамъ оно приписываетъ дѣеспособность (§. 71). Далѣе, изъявленіе воли должно получить надлежащее внѣшнее выраженіе (§. 72). Въ связи съ этимъ находится вопросъ, можно ли изъявлять волю чрезъ посредство третьяго лица (§. 73. 74). Далѣе, если изъявленіе воли съ внѣшней стороны и удовлетворяетъ всѣмъ требованіямъ закона, то все-таки юридическій актъ можетъ оказаться недѣйствительнымъ либо вслѣдствіе того, что изъявленіе воли не соотвѣтствуетъ дѣйствительной волѣ (§. 75—77), либо потому, что наличная дѣйствительная воля опредѣлялась ненадлежащими мотивами (§. 78—80), либо оттого, что содержаніе ея можетъ быть противно праву (§. 81).—

Если юридическимъ опредѣленіемъ запрещается какой либо юридическій актъ или что либо требуется для его дѣйствительности, то нарушеніе такого опредѣленія влечетъ за собою недѣйствительность акта, хотя бы такое послѣдствіе не было прямо указано, развѣ постановлено иное какое-либо послѣдствіе нарушенія, не соединимое съ недѣйствительностью [1]).

Юридическій актъ, которымъ обходится законъ, точно также недѣйствителенъ, какъ и актъ, коимъ законъ прямо нарушается [2]).

1. Дѣеспособность.

§. 71.

Подъ дѣеспособностью (въ юридическомъ смыслѣ) разумѣется предоставляемая правомъ способность совершать дѣйствія, имѣющія юридическія послѣдствія; въ примѣненіи къ юридическимъ актамъ [1]) она есть способность порождать путемъ изъявленія воли такія юридическія послѣдствія, которыя свойственны этого рода изъявленіямъ. Эту способность право признаетъ не за всѣми ли-

---

[1]) L. 5 C. de legib. 1. 14; c. 64 de R. J. in VI° 5. 12. Зейф. Arch. III. 258. § 70.

[2]) L. 29. 30 D. de legib. 1. 3, 1. 5. C. cit.

[1]) Главнѣйшее, хотя не исключительное примѣненіе ученіе о дѣеспособности § 71. находитъ себѣ въ сферѣ юридическихъ актовъ; здѣсь-то оно и получило свое особое развитіе. А потому, кажется цѣлесообразнымъ отступить отъ господствующаго обычая и изложить его именно по отношенію къ юридическимъ актамъ, а не вообще по отношенію къ дѣйствіямъ.

цами; инымъ оно предоставляетъ ее лишь въ ограниченномъ размѣрѣ [2]).

1) Прежде всего право совершенно отказываетъ въ такой способности умопомѣшаннымъ (§ 54) [3]), которые слѣдовательно посредствомъ изъявленія своей воли не могутъ поставить себя ни въ худшее, ни въ лучшее положеніе [4]). Право признало въ этомъ случаѣ тотъ естественный фактъ, что по отношенію къ умопомѣшанному не можетъ быть и рѣчи о какой либо волѣ.

2) Наравнѣ съ умопомѣшательствомъ стоятъ временныя помраченія ума, къ которымъ могутъ приводить болѣзнь, опьяненіе и т. п. [5]).

3) Дѣти въ первомъ возрастѣ точно также лишены естественной, а слѣдовательно, вполнѣ и юридической дѣеспособности [6]). Это состояніе по римскому праву продолжается до 7-лѣтняго возраста (§ 54).

4) Невзрослыя лица, переступившія дѣтскій возрастъ, хотя не вполнѣ лишены дѣеспособности, но ограничены въ ней, и притомъ на основаніи слѣдующихъ правилъ:

а) Недостигшіе половой зрѣлости (Geschlechtsunreife, impuberes)

---

[2]) Ср. вообще Савинья III § 106—112.

[3]) Рейшеръ über die Unfähigkeit der Geisteskranken zur Vornahme von Rechtsgeschäften, Zeitschr. f. deutsch. R. XIII. 9 (1852). Арнольдъ das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender (1861).

[4]) §. 8 I. de inut. stip. 3. 19, l. 5 D. de R. I. 50. 17, l. 1 §. 3 l. 18 §. 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 1 § 12 D. de O. et A. 44. 7. L. 1 §. 12 cit. „Furiosum sive stipuletur sive promittat nihil agere natura manifestum est". Ср. Зейф. Arch. III. 139. Но въ свѣтлыхъ промежуткахъ (Бергъ juristische Beobachtungen und Rechtsfälle III. 22) имѣетъ мѣсто полная дѣеспособность, l. 6 C. de cur. fur. 5. 70, l. 9. C. qui test. 6. 22, l. 2 C. de contr. emt. 4. 38. По новѣйшимъ законодательствамъ это не допускается, какъ скоро умопомѣшательство объявлено судомъ. Арнольдъ в. п. с. стр. 49 — 52.

[5]) L. 17 D. qui test. 28. 1. Объ опьяненіи ср. Зейф. Arch. III. 4. 140, XIII. 140. Къ потери разсудка приводитъ и высшая степень гнѣва; но самъ по себѣ гнѣвъ не составляетъ причины недѣйствительности. Слишкомъ общія слова Павла въ l. 48 D. de R. I. 50. 17 могутъ быть правильно понять при соображеніи l. 3 D. de div. 24. 2, гдѣ эти слова приведены полнѣе.

[6]) L. 1 §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7, §. 10 I de inut. stip. 3. 19. Такъ какъ у дѣтей нѣтъ истинной воли, то изъявлять свою волю они не могутъ даже при содѣйствіи опекуна, l. 1 §. 2 D. de adm. 26. 7. Единичныя исключенія въ l. 32 §. 2 D. de A. v. A. P. 41. 2. Ср. §. 155 прим. 13.

(§. 54) безъ содѣйствія опекуна не могутъ ухудшать свое юридическое положеніе; всякій направленный къ тому юридическій актъ, совершенный ими безъ содѣйствія опекуна, ничтоженъ [7]).

в) Несовершеннолѣтніе, достигшіе половой зрѣлости (geschlechtsreife Minderjährige) (§ 54) безъ согласія своего опекуна не могутъ заключать ни одной юридической сдѣлки, направленной на отчужденіе чего нибудь; отсутствіе надлежащаго согласія и здѣсь ведетъ къ ничтожности сдѣлки [7]).

с) Отчужденія, совершенныя несовершеннолѣтними, достигшими или недостигшими половой зрѣлости, въ извѣстной степени ничтожны и въ томъ случаѣ, когда они заключены безъ согласія высшаго опе-

---

[7]) Pr. §. 1 I. de auct. 1. 21, l. 9 pr.—§. 4 D. eod. 26. 8, l. 11 D. de A. R D. 41. 1. Содѣйствіе опекуна: auctoritas tutoris. Объ условіяхъ его въ отличіе отъ простаго согласія см. §. 2 I. de auct. 1. 21. l. 9 §. 5. 6. 1. 8 D. eod 26. 8. Рудорфъ Recht der Vormundschaft II. §. 126. Причину, почему tutor долженъ непосредственно содѣйствовать при юридическихъ актахъ, Иерингъ (Geist d. röm. R. стр. 146 II § 126) усматриваетъ въ одной только, въ послѣдствіи исчезнувшей, особенности древняго права. Ср. впрочемъ и II §. 442 прим. 3. Завѣщанія не получаютъ силы даже чрезъ содѣйствіе опекуна. Равнымъ образомъ для вступленія въ бракъ безусловно требуется половая зрѣлость.

[8]) L. 3 C. de i. i. r. min. 2. 22. Въ этомъ мѣстѣ рѣчь идетъ лишь о продажахъ, но не подлежитъ сомнѣнію, что предписаніе его должно быть распространено и на всѣ юридическіе акты, содержащіе въ себѣ отчужденіе (§ 69). Исключеніе, дѣлаемое этимъ мѣстомъ въ пользу minor sine curatore constitutus, не имѣетъ уже практическаго значенія, такъ какъ нынѣ несовершеннолѣтніе непремѣнно должны имѣть опекуна. Но прежде господствовавшему, да еще и нынѣ многими раздѣляемому мнѣнію, римское право будто бы точно также объявляло ничтожными всѣ обязательства, въ которыя несовершеннолѣтній вступалъ безъ согласія попечителя, въ противность l. 101 de V. O. 45. 1: „Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari“; каковое мѣсто „очевидно должно быть не толкуемо, а лишь принято“ (Бринцъ I стр. 43). Ср. объ этомъ спорномъ вопросѣ Марецолля Zeitschr. f. civ. u. Pr. II. 12 (1829), Вангерова I §. 291 прим. 2, а съ другой стороны Пухта §. 51 д. и Vorles. I стр. 113 — 115, Пфейфера prakt. Ausführungen VII. 6; далѣе цитаты у Вангерова в. п. с. Отсутствіе согласія опекуна не влекло за собою по римскому праву ничтожности обязательства несовершеннолѣтняго лишь въ случаяхъ исключительныхъ, l. 60. 61 pr. D. de I. D. 23, 3, l. 26 C. de adm tut. 5. 37. Но ср. съ этимъ Рудорфа zu Puchta Vorles. I. стр. 115. прим. 6 и стр. 114 прим. 3, Бринцъ I стр. 44. (Бехманъ das römische Dotalrecht II стр. 22 — 27).

кунскаго учрежденія. Подробно будетъ сказано объ этомъ въ ученіи объ опекѣ (II §, 441. 442 въ к (8a).

д) Противъ всякаго, самого по себѣ законнаго юридическаго акта совершеннаго во время несовершеннолѣтія, все равно до или послѣ достиженія половой зрѣлости, несовершеннолѣтній можетъ требовать возвращенія въ прежнее состояніе (§ 117) (9. 9a).

5) Состоящіе подъ законнымъ прещеніемъ (9b) (interdicirte) расточители уравниваются съ недостигшими половой зрѣлости; изъявленія воли, направленныя на ухудшеніе ихъ юридическаго положенія, безъ согласія ихъ опекуна ничтожны 10), а согласіе высшаго

8a) Согласіе высшаго опекунскаго учрежденія безъ согласія опекуна недостаточно: Зейф. Arch. II. 198.

9) Таковы римскія начала. Но нынѣшняя ихъ примѣнимость весьма оспаривается. Многіе утверждаютъ, что въ нынѣшнемъ правѣ уже не существуетъ различіе между дѣеспособностью impuberes и minores (выключая бракъ и завѣщаніе), что для minores, какъ и для impuberes обязательно, если не содѣйствіе, то все-таки согласіе ихъ опекуновъ. Прежде это мнѣніе даже преобладало (Глюкъ XXX стр. 54), да и въ послѣднее время въ пользу него раздавались весьма достопочтенныя голоса, см. именно Краута Vormundschaft II стр. 97 и сл., сверхъ того Савинья Zeitschr. f. geschichtl. RW. X стр. 295 — 297, Зейф. Pand. §. 257. 502, Синтениса I §. 17 прим. 32 и III §. 145, прим. 1, Арндтса §. 452, прим. 1, Гербера deutsch. Privatr. §. 244, Безелера deutsch. Privatr. §. 146. Но не было и нѣтъ недостатка въ противникахъ этого мнѣнія, см. Глюка XXX стр. 55 и сл. 69 и сл. 476 и сл., Рудорфа Recht der Vormundschaft I стр. 114 и сл. и II стр. 291, Гешена Vorl. über das gemeine Civilr. II. 2 §. 429, Пухта § 334, Вангерова I §. 291 прим. 2 въ к., Бринца стр. 45, Эйхгорна Einleit. in das deutsch. Privatr. §. 319, Миттермайера deutsch. Privatr. §. 428. Главный свой аргументъ первое мнѣніе заимствуетъ изъ опредѣленія R. P. O. (1548 Tit. 31 § 1, 1577 Tit. 32 §. 1) обязательности опеки для minores; но вѣдь больше этого, по крайней мѣрѣ, слѣдуя буквальному смыслу, оно не говоритъ. Приведенныя у Зейф. (II. 270, III. 311, XI. 25, XIII. 241) судебныя рѣшенія всѣ, впрочемъ, высказались за первое мнѣніе.

9a) Невзрослые, состоящіе подъ отеческою властью: Краутъ II §. 108; Зейф. Arch. III. 334, VII. 197, XIII. 241, XV. 113.

9b) Ср. II §. 446 прим. 4.—Начинается ли дѣйствіе интердикціи прещенія съ доставленіемъ запретительнаго декрета лицу подлежащему прещенію или только со времени официальнаго его обнародованія? За первое: Зейф. Arch. XVII. 147. 206, XVIII. 206, XIX. 10; за послѣднее: тамъ же XIX. 115, Синтенисъ III стр. 288 прим. 19.—Недопускаемость добровольнаго освобожденія отъ опеки: Зейф. Arch. XIII. 9, XV. 136, XVIII. 125.

10) L. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 10 pr. D. de cur. fur. 27. 10, l. 9 §. 7 D.

опекунскаго учрежденія требуется для отчужденій въ тѣхъ же размѣрахъ, какъ и для недостигшихъ половой зрѣлости (II §. 446 прим. 7).

6) Лица, находящіяся подъ опекою въ силу другихъ основаній чѣмъ доселѣ указанныя, относительно отчужденій подлежатъ тѣмъ же правиламъ, какъ и несовершеннолѣтніе; въ остальномъ ихъ дѣеспособность не ограничивается (II § 446 прим. 3. 5. 6. 7).

7) Что касается юридическихъ лицъ, то въ силу самого ихъ понятія не можетъ быть и рѣчи о дѣйствіяхъ; только дѣйствія другихъ лицъ могутъ быть признаваемы за дѣйствія юридическихъ лицъ.

2. Форма изъявленія воли.

§ 72.

Для дѣйствительности изъявленія воли требуется далѣе, чтобъ оно получило надлежащее внѣшнее выраженіе. Если для изъявленія воли установлена опредѣленная форма [1]; и форма эта не соблюдена, то такое изъявленіе воли ничтожно [2]. Главнѣйшія формы, установленныя общимъ правомъ для дѣйствительности изъявленія воли, суть: соучастіе свидѣтелей [3], письменное изложеніе, судебное засвидѣтельствованіе [4]. Случается также, что требуется

---

de R. C. 12. 1, l. 25 D. de fidei. 46. 1. Къ завѣщаніямъ, расточителей примѣняется тоже, что и къ завѣщаніямъ несовершеннолѣтнихъ. Зейф. Arch. XII. 2, XIII. 9. Ср. приведенное въ прим. 3 сочиненіе Арнольда.

[1]) О значеніи формы вообще и въ римскомъ правѣ въ особенности и о достоинствѣ ея см. кромѣ Савиньи III §. 130 преимущественно превосходное § 72. сочиненіе Игеринга Geist d. röm. R. II §. 45—47 (1858), въ которомъ, впрочемъ, обращается вниманіе не на одни лишь юридическіе акты. Ср. также Фельдендорфа die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Rechten (1857).

[2]) Но отъ предписанія, что юридическій актъ долженъ быть составленъ въ установленной формѣ, слѣдуетъ отличать предписаніе, что юридическій актъ можетъ быть доказываемъ только извѣстными средствами, напр. документами. Въ случаѣ сомнѣнія не послѣднее требованіе должно быть принимаемо въ смыслѣ предписанія о формѣ.

[3]) О различіи между свидѣтелями совершенія актовъ и свидѣтелями въ смыслѣ доказательства см. Игеринга Jahrb. f. Dogm. I стр. 293 — 295, Унгера II §. 90 прим. 13.

[4]) Въ источникахъ употребляются для этого выраженія: Actis, gestis insinuare

утвержденіе суда [5]) или даже верховной власти. — Если для изъявленія воли не установлено никакой формы [6]), то изъявлять волю можно любымъ способомъ. Въ этомъ случаѣ нѣтъ даже надобности, чтобы воля была явно выражена, то-есть, чтобы совершены были внѣшнія дѣйствія, имѣющія своимъ назначеніемъ выражать эту волю [7]). Достаточно и молчаливаго изъявленія воли [8]), то-есть, воля считается надлежащимъ образомъ обнаруженною, когда имѣется въ наличности дѣйствіе (положительное или отрицательное), изъ котораго можно съ достовѣрностью заключать о наличности воли [9]). О томъ, когда это имѣетъ мѣсто, подробныхъ пра-

---

(acta, gesta=судебный протоколъ). Еще и нынѣ говорятъ о судебной инсинуаціи или просто инсинуаціи.

[5]) Въ этомъ случаѣ должно обращаться къ подлежащему суду, тогда какъ простое засвидѣтельствованіе можетъ быть сдѣлано всякимъ судомъ. Ср. также Иеринга Iahrb. f. Dogm. I стр. 299 — 302.

[6]) Изъявленіе воли, для котораго не предписано опредѣленной формы, называютъ безформеннымъ—согласно принятому словоупотребленію и тѣмъ не менѣе справедливо, потому что и оно подобно всякой вещи имѣетъ внѣшнее проявленіе (форму въ этомъ смыслѣ).

[7]) Прямое изъявленіе воли можетъ быть производимо не только словами, но и тѣлодвиженіями, l. 52 §. 10 D. de O. et A. 44. 7, l. 21 pr. D. del eg. III § 32.

[8]) Особенныя изслѣдованія объ этомъ предметѣ: Кори Abhandlung über stillschweigende Willenserklärung in rechtlichen Geschäften (1817). Heyne de voluntatis tacitae patefactae et praesumptae vi atque indole eiusque in iure effectibus (1840). Буркгардъ die civilistischen Präsumptionen стр. 270 — 311 (1866). См. кромѣ того Савиньи III §. 131. 132, Унгера II §. 85, Гольдшмидта I §. 36. № 2, Шлимана Lehre vom Zwange (1861). § 12.

[9]) L. 57. pr. D. de pactis 2. 14. „Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat“. L. 95. D. de A. v. O. H. 29. 2. „Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis inditio voluntatis“ L. 5. D. ratam rem 46. 8. “Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu; denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem“. Другіе примѣры: въ §. 7 I. de her. qual. 2. 19, l. 20. D. de A. v. O. H. 29. 2—l. 2 §. 1 D. de pactis 2. 14, l. 7 C. de rem. pign. 8. 26, l. 14 C. de solut. 8. 43—l. 13 §. 11 D. loc. 19. 2—l. 26 § 1 D. de pign. 20. 1, l. 5 § 2. D. in quib. caus. pign. 20. 2—l. 37 pr. D. ad SC. Treb 36. 1.—Зейф. Arch, IV. 8. — Шлиманъ в. п. с. полагаетъ, что о безмолвномъ изъявленіи воли можетъ быть рѣчь даже въ томъ случаѣ, когда дѣйствію, совершенному съ цѣлью изъявленія воли, общепринятыми обычаями не придается значенія выраженія воли, но это мнѣніе лишено достаточныхъ основаній. Наоборотъ, совершенно вѣрно его замѣчаніе, что и въ прямомъ изъявленіи воли можетъ заключаться и безмолвное, такъ напр. въ освобожденіи должника наслѣдства заключается принятіе наслѣдства.

вилъ установить невозможно; необходимо соображаться съ обстоятельствами каждаго случая. При наличности извѣстныхъ обстоятельствъ даже молчаніе можетъ почитаться достаточнымъ выраженіемъ воли [10]). Прямое заявленіе, коимъ кто-либо ограждаетъ себя отъ того, чтобъ его дѣйствіе не считалось молчаливымъ изъявленіемъ воли, называется протестомъ (protestatio), спеціально же—сохраненіемъ за собою права (reservatio), когда оно имѣетъ цѣлью предотвратить заключеніе объ отреченіи [11] [12]).

---

[10]) Слишкомъ общіе слова въ c. 43 de R. I. in 6°, „qui tacet consentire videtur" могутъ быть исправлены словами непосредственно слѣдующаго мѣста: (c. 44 eod.) „is qui tacet non fatetur, sed nec ut qui negare videtur." Въ этомъ мѣстѣ по содержанію воспроизводится l. 142 D. de R I. 50. 17. Случаи, въ коихъ источники усматриваютъ въ молчаніи безмолвное изъявленіе воли, см. въ l. 7 § 1. l. 12 pr. D. de spons. 23. 1, l. 5 C. de nupt. 5. 4, l. 5 D. de adop. 1. 7, l. 12. 16 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 19 D. de aqua 39. 3. Ср. Зейф. Arch. I. 40, IV. 211, V. 117, X. 252, XI. 80. Кирульфъ Sammlung der Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I. 22.

[11]) Примѣры: l. 20 § 1 D. de A v. O. H. 29. 2, l. 14 §. 7. 8 D. de relig. 11. 7, l. 4 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 7 C. de dot. prom. 5. 11; l. 16 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 12 D. de evict. 21. 2. — Но протестъ тогда только имѣетъ силу, когда данное дѣйствіе допускаетъ иное толкованіе, чѣмъ допускаемое протестомъ, а не такъ называемое protestatio facto contrario. Такъ, напр. не имѣлъ бы силы протестъ въ случаяхъ, означенныхъ въ l. 57 pr. D. de pactis 2. 14 (ср. l. 2 §. 6 D. de doli exc. 44. 4) и въ l. 5 D. ratam rem 46. 8. Ср. Зейф. Arch. III. 315.

[12]) Въ римскомъ правѣ встрѣчается также, что юридическія послѣдствія, наступающія безъ посредства всякаго изъявленія воли, разсматриваются такъ, какъ если бы они были основаны на изъявленіи воли. Таковы, напримѣръ, закладныя права (ср. именно Dig. 20. 2 in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur). Точно также правило, что при помѣшательствѣ дочери отецъ можетъ удержать у себя выпадающее на ея долю приданое даже безъ ея согласія, въ l. 2 §. 2 D. sol. matr. 24. 3 выражено такимъ образомъ: такъ какъ дочь не возражаетъ, то считается, что она согласна. Въ такомъ случаѣ говорятъ о воображаемомъ изъявленіи воли; ср. Савиньи III §. 133 (который однако причисляетъ сюда также не относящіеся сюда случаи, въ коихъ или источники непримѣняютъ означенной точки зрѣнія [см. l. 35 pr. D. de proc. 3. 3, l. 21 C. eod. 2. 13], или имѣется безмолвное изъявленіе воли [l. 4 § 1 l 7 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6]). Гораздо лучше отбросить все это представленіе, ибо оно совершенно безполезно, да и сами источники не придаютъ ему никакого значенія. Ср. тоже Бекинга I §. 118 прим., Унгера § 85 прим. 17, Буркгарда в. п. с. стр. 305—311.

3. Изъявленіе воли посредствомъ другихъ лицъ *).

§ 73.

Изъявленіе воли можетъ послѣдовать и чрезъ посредство другаго лица, насколько тому не препятствуетъ установленная для юридическихъ актовъ форма [1]). По крайней мѣрѣ, таково правило; исключеніе изъ него установлено именно для завѣщаній.

Сказанное означаетъ, что одно лицо можетъ изъявлять свою волю чрезъ посредство другаго лица, что тотъ, кто дѣйствительно совершаетъ такое изъявленіе, можетъ быть органомъ изъявленія чужой воли. Но спрашивается, можетъ ли кто-либо чрезъ посредство другаго дѣйствовать юридически такимъ образомъ, чтобъ этотъ другой изъявлялъ свою собственную волю, съ тѣмъ, чтобъ это изъявленіе считалось исходящимъ отъ того, отъ имени котораго другой изъявляетъ ее [2]). Римское право въ принципѣ вопросъ этотъ

---

*) Мюленбрухъ Cession §. 5. 9—14 (3 изд. 1836). Савиньи III § 113 (1840). Рустратъ Arch. f. d. Praxis des Oldenb. Rechts I стр. 60 и сл. (1843). Его же Arch. f. civ. Pr. XXX. 12 (1847). Вехтеръ II §. 88 (1851). Бухка die Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen (1852), и сюда же Бринцъ krit. Blätter № 2 (1852) и Дернбургъ Heidelb. krit. Zeitschr. I стр. 1 и сл. (1853). Савиньи „Obligationenrecht II §. 54—56 (1853). Шейрлъ krit. Ueberschau I. 14 (1853). Рустратъ über Savigny's Lehre von der Stellvertretung (1854). Вангеровъ III §. 608 прим. (1856). Кунце die Obligation и т. д. стр. 264 — 301 (1856). Игерингъ Jahrb. f. Dogm. I. 7 (1857). Унгеръ II §. 90 (1857). Шейрль Jahrb. f. Dogm. II. 1 (1858). Игерингъ тамъ же II. 3 (1858) Синтенисъ I стр. 145—147. II §. 102 (1860. 1861). Лабандъ Zeitschr. f. Handelsr. X. 4 (1866).

§ 73 [1]) L. 2 §. 2 D. de O. et A. 44. 7, l. 14 §. 3 l. 15 D. de pec. const. 13. 5. О различіи между „посланнымъ (nuntius)“ и „представителемъ“ см. Игеринга. I. стр. 274 и сл., Бера Iahrb. f. Dogm. VI стр. 295. 299, Лабанду в. п. с. стр. 189—193, Бухку и Будде Entscheidungen des OAG. zu Rostock V. 39. См. также прим. 16 въ к. Платнеръ Arch. f. civ. Pr. L стр. 231 и сл.

[2]) Вопросъ этотъ обыкновенно выражаютъ въ такой формѣ: допускается ли представительство (Stellvertretung) при юридическихъ актахъ? Это выраженіе не употреблено въ текстѣ, ибо на самомъ дѣлѣ въ немъ вопросъ обозначается неточно. Представительство имѣется и въ томъ случаѣ, когда кто-либо служитъ органомъ обнаруженія чужой воли; но съ тою разницею, что представителемъ онъ будетъ здѣсь не относительно самой воли, а относительно изъявленія воли. Представительство является и тамъ, гдѣ лицо, ведущее дѣла другаго, вслѣдствіе и на основаніи этого веденія дѣлъ совершаетъ юридическій актъ, выступая въ

разрѣшало отрицательно, открывая выходъ отсюда тѣмъ, что представитель совершаетъ извѣстное дѣйствіе отъ своего имени и сначала для себя, а затѣмъ уже возникшія для него права и обязанности переноситъ на представляемое лицо [4]), при чемъ смотря по обстоятельствамъ допускается то облегченіе, что считается излишнимъ самый актъ перенесенія, такъ что и безъ него права и обязанности считаются перенесенными на главное лицо [5]). Но римское право не могло не допустить исключеній изъ этого принципа. Впрочемъ, такимъ исключеніемъ не представляется пріобрѣтеніе господина чрезъ юри-

---

немъ не какъ представитель, слѣдовательно, отъ своего имени и для себя, но предоставляя себѣ возникшія изъ него послѣдствія перенести потомъ на принципала (см. въ текстѣ непосредственно слѣдующее). Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ наличность представительства отрицалась; но это очевидно противорѣчитъ словоупотребленію, какъ это по отношенію къ послѣднему случаю признано и тѣми, которые при наличности его говорятъ о посредственномъ или неполномъ представительствѣ. Отсюда слѣдуетъ, что понятіе представительства слишкомъ неопредѣленно, чтобы быть техническимъ въ области права. Вообще представительство имѣется тамъ, гдѣ кто-либо дѣйствуетъ вмѣсто другаго; но это, какъ явствуетъ изъ сказаннаго, можетъ совершаться различными способами. Ср. еще Арндтса §. 76. прим. 1. 2. Независимо отъ сказаннаго, ученіе о представительствѣ еще болѣе затемнѣно и запутано было тѣмъ, что въ него внесли также пріобрѣтеніе и обязательства господъ чрезъ подвластныхъ, между тѣмъ какъ здѣсь дѣйствующій вовсе не имѣетъ намѣренія, или по крайней мѣрѣ, не необходимо намѣренъ дѣйствовать вмѣсто другаго (ср. прим. 6—9). Большую услугу оказали въ дѣлѣ очищенія понятія представительства Бринцъ, Шейрлъ, Иерингъ въ вышеприведенныхъ сочиненіяхъ.

[3]) L. 6 C. si quis alteri 4. 50. „Si..... ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, emti actionem nec illi nec tibi quaesiisti, dum quae tibi non vis nec illi potes“.

[4]) Очевидно, что можно было выбрать болѣе близкій выходъ, именно тотъ, что представитель дѣйствуетъ хотя и отъ *собственнаго* имени, но съ тѣмъ, что дѣйствіе его должно имѣть силу не для него самого, а для того лица, представителемъ коего онъ является. Но этому выходу преграждалъ дорогу другой принципъ римскаго права,—принципъ, по которому только то изъявленіе воли (между живыми) считалось дѣйствительнымъ, которое направлено къ порожденію юридическихъ послѣдствій собственно для лица изъявляющаго волю. L. 1. C. per quas pers. 4. 27. „Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati iuris est. Si igitur procurator non sibi sed ei, cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est, idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est“. L. 11 D. de O. et A. 44. 7. Конечно, и этотъ принципъ подобно другому проведенъ былъ не безъ исключеній. См. II. 316 № 2.

[5]) Ср. II §. 313 прим. 2, II §. 442 прим. 2, II §. 482.

дическія сдѣлки подвластныхъ ему лицъ [6]); ибо означенный принципъ парализуется здѣсь другимъ принципомъ, въ силу коего пріобрѣтательныя дѣйствія подвластныхъ считаются дѣйствіями господина по юридической необходимости, слѣдовательно, даже противъ воли подвластныхъ [7]). Равнымъ образомъ такимъ исключеніемъ не представляется обязанность господина смотря по обстоятельствамъ отвѣчать по юридическимъ сдѣлкамъ его подвластныхъ [8]); ибо и здѣсь дѣло идетъ не о дѣйствіяхъ, имѣющихъ силу въ качествѣ дѣйствій другаго лица, а о дѣйствіяхъ, кои предпринимаются кѣмъ-либо отъ собственнаго имени, но послѣдствія коихъ право распространяетъ не только на него, но и на другаго [9]). Указанное исключеніе представляется именно [10]) въ допущенной возможности пріобрѣтать для другаго владѣніе, а чрезъ то и собственность [11]), равно какъ и въ томъ, что для другаго при извѣстныхъ обстоятельствахъ можетъ быть пріобрѣтено закладное право [12])

---

[6]) Ulp. XIX. 18, Gai II. 86 — 90, pr. §. 3 I. per quas pers. 2. 9.

[7]) §. 4. i. f. 13. I. de inut. stip. 3. 19; ср. l. 79 D. de A. v. O. H. 29. 2.

[8]) Gai. IV. 69 — 74, tit. I. quod cum eo 4. 7.

[9]) См. II §. 482 — 484.

[10]) О другомъ относящемся сюда важномъ случаѣ см. II. § 313 прим. 3.

[11]) И эта возможность признана была лишь постепенно, ср. l. 41 D. de usurp. 41. 3 съ l. 1 C. de acq. poss. 7. 32. Относительно пріобрѣтенія собственности см. §. 5 I. per. quas. pers. 2. 9, l. 20 § 2. D. de A. R. D. 41. 1.—Прежде всего и ближайшимъ образомъ допущеніе пріобрѣтенія владѣнія чрезъ посредство свободнаго представителя не было исключеніемъ изъ выставленнаго принципа. Ибо тотъ, кто пріобрѣтаетъ владѣніе для другаго по волѣ послѣдняго, является представителемъ его не въ изъявленіи воли, но въ фактическомъ держаніи вещи, онъ является органомъ не его воли, но его фактическаго господства надъ вещью. Равнымъ образомъ можно сказать, что и при сопряженномъ съ владѣніемъ пріобрѣтеніи собственности представитель, коему спеціально поручено сдѣлать то, что онъ дѣлаетъ, изъявляетъ не свою собственную волю отъ имени другаго, но является лишь носителемъ и передатчикомъ чужой воли. Но ни то, ни другое воззрѣніе не возможны въ тѣхъ случаяхъ, когда порученіе представляемаго столь обще, что представитель въ пріобрѣтеніи владѣнія и собственности осуществляетъ свою собственную волю, или когда представляемый совершенно не имѣетъ воли, каковы дитя, умалишенный, юридическое лицо и т. д. Въ этихъ случаяхъ имѣется на самомъ дѣлѣ собственное дѣйствіе представителя, которое однако юридически разсматривается какъ дѣйствіе представляемаго. Ср. §. 155 прим. 10.

[12]) По опредѣленію Юстиніана въ l. 2 C. per quas pers. 4. 27. Но этому мѣсту пополнено l. 11 §. 6 D. de pign. act. 13. 7 („plerumque“, „semper“). И l. 21 pr. D. de pign. 20. 1 считается исправленнымъ; ср. однако и Рудорфа

и принято наслѣдство [13]). Не смотря на эти исключенія, означенный принципъ сохранилъ свою полную силу еще въ юстиніановомъ правѣ [14]). Но въ нынѣшнемъ правѣ онъ уже потерялъ свое дѣйствіе; его устранило обычное право. Наоборотъ, для нынѣшняго права сложилось правило, что юридическія сдѣлки могутъ быть заключаемы чрезъ другаго и такимъ образомъ, что этотъ другой изъявляетъ свою собственную волю. Коль скоро кто-либо изъявляетъ свою волю, присовокупивъ къ тому (явно или молчаливо) заявленіе, что онъ дѣйствуетъ отъ имени другаго [15]), то его изъявленная воля, если только онъ не переступилъ даннаго ему полномочія (§ 74), не имѣетъ для него самаго никакого дѣйствія [15a]), но для того, отъ имени коего онъ дѣйствуетъ, она имѣетъ такую же силу, какъ если бы онъ самъ ее изъявилъ [16]). Съ другой стороны [16a]) фактитески изъявляется всѣ-

---

Zeitschr. f. gesch. RW. XIII стр. 214, Дернбурга Pfandr. I стр. 204, Шейрла krit. VJ Schr. II стр. 444 Шмида Cession. I стр. 426 и сл.

[13]) Именно при bonorum possessio. Здѣсь прибѣгли къ новому названію, чтобъ удовлетворить потребностямъ жизни. Подробнѣе въ наслѣдственномъ правѣ III §. 596 прим. 11.

[14]) По взгляду, защищаемому именно Савиньи (см. особенно Obligationenrecht II стр. 42 и сл., вопросъ этотъ въ юстиніановомъ правѣ разрѣшается такъ, что представительство (въ указанномъ здѣсь смыслѣ) допускается при всякомъ естественномъ пріобрѣтеніи (отожествляемымъ Савиньи съ безформеннымъ), но не при цивильномъ. Взглядъ этотъ опирается на l. 53 D. de A. R. D. 41. 1. „Ea quae civiliter acquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt acquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquiritur". По моему мнѣнію въ этомъ мѣстѣ рѣчь идетъ не о противоположности между ius civile и ius naturale, а о противоположности между правомъ и фактомъ; пріобрѣтеніе владѣнія для другаго есть установленіе для него не права, а факта. Ср. прим. 11 и § 148 прим. 12. Это объясненіе приводилось и другими, см. Мюленбруха Cession стр. 44 прим. 71, Рустратъ в п. с. (1854) стр. 36, Вехтера II стр. 677. Пухта (Inst. II §. 203 n., Vorles. zu Pand. §. 52), тоже высказавшійся противъ Савиньи, весьма произвольно и неосновательно устраняетъ это мѣсто.

[15]) Но говоритъ ли онъ при этомъ, напримѣръ: покупаю отъ имени моего принципала, или для моего принципала, или просто покупаю, это безразлично. Объявивъ себя при заключеніи юридической сдѣлки представителемъ, онъ достаточно пояснилъ, что онъ желаетъ, чтобы его изъявленіе воли считалось юридически не его собственнымъ, а его принципала. Рустратъ в. п. с. (1854) стр. 45 — 50, Лабандъ в. п. с. стр. 214 — 217.

[15a]) Ср однако, Зейф. Arch. XIX. 231.

[16]) Обычное право, на которомъ это правило въ текстѣ основано, доказы-

таки воля представителя, а потому мало того, что при разрѣшеніи вопроса, дѣйствительно ли имѣется выраженная воля, должно принимать въ соображеніе лицо не представляемаго, а представи-

---

вается ссылками у Бухки стр. 121 и сл. 158 и сл. и взглядомъ на жизнь нынѣшняго гражданскаго оборота. См. также Зейф. Arch. V. 13, VI. 33, VIII. 255, XI. 149, XIII. 93. 313, XV. 111, XVII. 240. Ср. с. 68. 72 de R. I. in VI° 5. 13, c. 24 de praeb. in VI° 3. 5, c. 2 de usur. in VI°. 5. 15. HGB. стат. 52 (II § 313 прим. 4). 298. 230. 241. Нельзя согласиться съ тѣмъ способомъ, съ помощью котораго Савиньи (Obligationenrecht II. § 56. 57) пытается вывести означенное правило изъ самого римскаго права. Савиньи ссылается на l. 53 D. de A. R. D. 41. 1, по которому въ юстиніановомъ правѣ представительство исключается лишь при стипуляціи, нынѣ лишенной практическаго значенія,—см. объ этомъ прим. 14, — равно какъ и на допускаемое уже въ римскомъ правѣ совершеніе юридическаго акта посредствомъ посланнаго (nuntii), при чемъ онъ распространяетъ понятіе посланнаго на всѣ случаи дѣйствія отъ имени третьяго лица; противъ послѣдняго (не говоря о другомъ, ср. Тэля Handelsrecht I стр. 147 — 149) достаточно замѣтитъ, что принципалъ можетъ быть и недѣеспособнымъ.— Но выставленное въ текстѣ правило признается не всѣми писателями, и многіе изъ нихъ именно по отношенію къ обязательственнымъ юридическимъ актамъ утверждаютъ, что ими и теперь ближайшимъ образомъ и непосредственно управомочивается и обязывается представитель, см. Пухта § 52. 273 и Vorles, Вангерова III стр. 314—316, Кунце в. п. с., Шейрла Jahrb. f. Dogm. II стр. 27, Бера Jahrb. f. Dogm. VI стр. 288, Цауна Arch. f. pract. RW. N. F. I стр. 32—50, но преимущественно Тэля Handelsrecht I § 25 прим. 2 Главная мысль полемики Тэля заключается въ томъ, что контрактъ одного не можетъ быть контрактомъ другаго. Правда, фактъ, что договаривается A, не можетъ быть фактомъ, что договаривается B; но вѣдь и не объ этомъ здѣсь рѣчь идетъ. Здѣсь говорится о томъ, что контрактъ одного мыслится, представляется (какъ обыкновенно выражаются fingirt — воображается [§ 67 въ к.]) какъ контрактъ другаго, что контрактъ одного приписывается другому какъ его собственный контрактъ. Точно также смотритъ римское право и на пріобрѣтательныя дѣйствія подвластныхъ, именно „patris vel domini voce loqui videtur“ (§. 13 I. de inut. stip. 3. 19). Тоже въ § 4 eod.:—„filii vox tamquam tua intellegitur in iis rebus, quae tibi acquiri possunt“. Далѣе l. 42 D. de damno inf. 39. 2. „Si servus communis damni infecti stipulatus fuisset, perinde habetur, ac si ipsi domini sua voce pro partibus stipularentur“. Посему: „Placet, quotiens acquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei, cuius quis in potestate est, confestim acquiri ei, cuius est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona eius, per quem acquiritur“ (l. 79 D. de A. v. O. H. 29. 2). Ср. еще II § 313 прим. 4.

[16a] Ср. къ слѣдующему Бухку в. п. с. стр. 237 и сл., Дернбурга в. п. с. стр. 17 и сл., Германа Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VIII. стр. 269 — 276. Кунце в. п. с. стр. 285, Синтениса I стр. 147. II стр. 363. 370, Лабанду в. п. с. стр. 224 —229.

теля, [17]), но и при дальнѣйшемъ обсужденіи дѣйствительности и силы изъявленной воли [насколько сюда примѣнимы правила, предполагающія извѣстное внутренн ееосостояніе совершителя юридической сдѣлки [18])] должно быть обращаемо вниманіе на лицо не представляемаго, а представителя [19]).

§ 74.

Право совершать юридическій актъ отъ имени другаго можетъ быть основано: 1) на общественной должности, напр. опекѣ; 2) на устройствѣ юридическаго лица; 3) на полномочіи отъ представ-

---

[17]) Если, напр., представитель дѣйствуетъ подъ вліяніемъ существенной ошибки (§ 76), то изъявленіе воли ничтожно и для представляемаго, хотя бы этотъ послѣдній и не находился въ такомъ заблужденіи, то-есть, хотя бы его воля дѣйствительно совпадала съ изъявленіемъ воли представителя. Онъ не изъявилъ своей воли, а представитель не желалъ того, что имъ самимъ изъявлено. Ср. l. 12 D. de contr. emt. 18. 1.

[18]) Если представитель при самой покупкѣ зналъ о какомъ-нибудь порокѣ купленной вещи, то представляемый не пріобрѣтаетъ никакого притязанія на основаніи этого порока, хотя бы послѣдній ему и не былъ извѣстенъ. Ср. l. 51 pr. D. de aed. ed. 21. 2; тоже l. 16 § 3 D. de lib. causa 40. 12 (объ l. 17 eod. см. Мюленбруха Cession стр. 127, Бухку стр. 60, Шмида Cession II стр. 187—189. 399). Если представитель изъявилъ волю вслѣдствіе принужденія или обмана, то это изъявленіе недѣйствительно и для представляемаго, хотя онъ самъ не подвергался ни принужденію, ни обману. Напротивъ того, во всѣхъ другихъ отношеніяхъ дѣйствительность и сила изъявленія воли должны обсуживаться по личности представляемаго, а не представителя. Такъ, изъявленіе воли дѣйствительно для представляемаго и тогда, когда представитель есть лицо несовершеннолѣтнее (ср. l. 7 § 2 D. de inst. act. 14. 3—иное дѣло, если послѣдній находится въ умопомѣшательствѣ, ибо въ этомъ случаѣ вовсе нѣтъ изъявленія воли). Если установлена какая-нибудь форма для представителя, а не для представляемаго, то изъявленіе воли не нуждается въ формѣ, и наоборотъ, и т. д.

[19]) Конечно, можетъ случиться, что дѣло коснется и внутренняго состоянія представляемаго, что дѣйствительно и бываетъ въ томъ случаѣ, когда онъ даетъ спеціальное порученіе на совершеніе юридическаго акта. Если, напримѣръ, онъ поручаетъ купить извѣстную вещь, зная о ея недостаткѣ, то онъ уже не въ правѣ заявлять притязаніе на основаніи этого недостатка, хотя бы послѣдній не былъ извѣстенъ представителю. Равнымъ образомъ юридическій актъ, совершенный представителемъ не подъ вліяніемъ принужденія или обмана, будетъ недѣйствителенъ для представляемаго, когда употреблено было принужденіе либо обманъ, чтобъ заставить его дать это порученіе. Ср. l. 51 pr. i. f. D. de aed. ed. 21. 1, l. 13 D. de contr. emt. 18. 1, l. 16 § 3. 4 D. de lib. causa 40. 12; l. 2. D. de litig. 44. 6 (Мюленбруха Cession § 13 прим. 258, Бухка стр. 15).

лемаго лица [1]). Объемъ полномочія, въ случаѣ сомнѣнія, долженъ опредѣляться посредствомъ толкованія [2]).

Если кто-либо совершитъ юридическій актъ отъ имени другаго, не будучи на то уполномоченъ, то сила акта зависитъ отъ того, согласится ли на нее этотъ другой [3]) или нѣтъ. До разрѣшенія этого вопроса юридическій актъ остается въ неопредѣленномъ состояніи (Zustand der Schwebe) (suspendirt); его юридическое

---

§ 74. [1]) Римляне обозначали полномочіе, довѣренность тѣмъ же выраженіемъ, которымъ они обозначали и порученіе (mandatum), см. напр. l. 42 § 2 D. de proc. 3. 3. Нашъ юридическій языкъ богаче; порученіе (Auftrag) означаетъ, что одинъ долженъ что-либо сдѣлать для другаго, довѣренность, полномочіе (Vollmacht), что одинъ въ правѣ сдѣлать что-либо для другаго. Конечно, въ порученіи совершить юридическій актъ можетъ заключаться и полномочіе, но не необходимо: порученіе можетъ быть направлено и на то, чтобы выполнитель его дѣйствовалъ только для себя. Равнымъ образомъ возможно полномочіе и безъ порученія. Ср. съ этимъ Лабанду (§ 73[a]) стр. 203 и сл. Ладенбургъ Zeitschr. f. Handelsr. XI стр. 72 и сл.—Полномочіе, направленное на третьяго контрагента, когда довѣритель высказываетъ въ этомъ полномочіи, что юридическая сдѣлка, заключенная третьимъ контрагентомъ съ повѣреннымъ довѣрителя, должна считаться какъ бы заключенною съ самимъ довѣрителемъ, римляне называли iussus. Ср. II. § 412 прим. [8]a, II § 482 прим. 6.

[2]) При этомъ безполезно различеніе полномочія общаго и спеціальнаго; это чисто относительныя понятія: полномочіе будетъ общимъ или спеціальнымъ, смотря по тому, будетъ ли оно общѣе или спеціальнѣе другаго. О толкованіи полномочія на управленіе всѣмъ имуществомъ см. l. 58. 60. 63. D. de proc. 3. 3, l. 11 § 7 l. 12 D. de pign. act. 13. 7, l. 7 pr. D. de don. 39. 5, l. 9 § 4 D. de A. R. D. 41. 1, c. 4 de proc. in VI° 1. 19. Ср. Синтениса II стр. 570—575. О повѣренныхъ H. G. B. (торг. кодекса) см. Лабанду в. п. с. стр. 218 и сл.

[3]) Ratum habere, ratihabitio. Впрочемъ о согласіи и ratihabitio говорится не только при юридическихъ сдѣлкахъ, заключенныхъ отъ нашего имени другимъ (см. § 81 прим. 8, § 83 прим. 4. 8), далѣе не только при юридическихъ сдѣлкахъ (ср. напр. l. 1 §. 14 D. de vi 43. 16, l. 13 § 6 D. quod vi aut clam. 43. 24); согласиться значитъ вообще: одобрить (чужое) дѣйствіе. О согласіи вообще говорится у Гуфеланда Abhandl. aus dem Civilrecht I № 4 (1814), Бекгауза über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte (1859), и въ диссертаціяхъ Busse (1834), Agricola (1848), Gregory (1864, krit. VJSchr. VI стр. 414—416). Кромѣ того ср. объ этомъ трудномъ и оспариваемомъ ученіи: Вехтера II § 100, Бекинга I § 116. o sqq., Вангерова I § 88 прим., Синтениса I стр. 156 и сл., Унгера II § 92, Игеринга Jahrb. f. Dogm. I стр. 295—302, Дернбурга Pfandrecht I стр. 207 — 209. 229 — 231. Л. Зейфертъ die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte (1868). О немъ Регельсбергера krit. VJSchr. XI стр. 361 и сл. G. Polignani la dottrina della Ratihabitio (1869). О немъ Виндшейда krit. VJSchr. XII стр. 152 и сл.

дѣйствіе не отрицается, но отлагается [4]). Если согласіе послѣдуетъ, то оно восполняетъ отсутствіе предварительнаго полномочія, и юридическій актъ получаетъ по отношенію къ согласившемуся такую же силу, какъ если бъ онъ съ самаго начала былъ совершенъ по его уполномочію [5]). Это относится не только къ содержанію акта, но и ко времени, съ котораго начинается его дѣйствіе; иначе говоря, согласіе имѣетъ обратное дѣйствіе. Хотя въ такой безусловности сказанное не можетъ быть выведено изъ общихъ основаній; но именно такъ оно прямо опредѣлено въ римскомъ правѣ [6]). Однако, соглашающійся даже своимъ согласіемъ

---

[4]) Такой юридическій актъ не недѣйствителенъ, онъ находится въ томъ же положеніи какъ и условный юридическій актъ (§ 89). А потому другой контрагентъ связанъ имъ еще до послѣдовавшаго согласія. Это важное правило доказывается l. 24 D. de neg. gest. 3. 5. Ср. также l. 65 § 8 D. pro soc. 17. 2. Зейф. Arch. XV. 223. Даже чрезъ представителя, не получившаго никакого права, другой контрагентъ не можетъ быть освобожденъ отъ обязательства. Брини krit. Blätter II стр. 40, Зейф. Arch. XIV стр. 210. 211; др. мнѣнія Бухка стр. 211, Зейф. Arch. VII. 273; ср. Бера Jahrb. f. Dogm. VI стр. 288. Еще меньшее значеніе имѣетъ смерть представителя или его неспособность къ изъявленію воли, наступившая до согласія, l. 24 § 1 D. ratam rem 46. 8. Смерть представителя до согласія? См. II § 313 прим. 7.

[5]) „Ratihabitio mandato comparatur“. L. 12 § 4. D. de sol. 46. 3, l. 60 D. de R. I. 50. 17, c. 10 in VI de R. I. 5. 13. Чрезъ согласіе становится дѣйствительною лишь сдѣлка, заключенная до него, а не новая сдѣлка, заключающаяся въ самомъ согласіи. Другаго мнѣнія Вехтеръ, II стр. 682, который согласію какъ таковому придаетъ силу лишь тогда, когда изъ принятой юридической сдѣлки возникло еще и теперь продолжающееся „фактическое отношеніе„. Поэтому при согласіи нѣтъ надобности возобновлять предписанную для юридической сдѣлки форму, если только она соблюдена представителемъ (l. 24 pr. D. ratam rem 46. 8). Какъ разрѣшается случай, когда совершеніе юридическаго акта связано извѣстнымъ срокомъ и согласіе наступаетъ лишь по истеченіи его? Только-что приведенный l. 24 pr. D. ratam rem рѣшаетъ, что актъ въ этомъ случаѣ не имѣетъ силы. Но такое рѣшеніе непослѣдовательно и не согласно съ выставленнымъ въ l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16. (см. объ этомъ слѣдующее примѣчаніе) общимъ принципомъ.

[6]) Слѣдуетъ замѣтить: 1) не подлежитъ никакому сомнѣнію, что соглашающійся чрезъ согласіе усвоиваетъ себѣ юридическій актъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ совершенъ, слѣдовательно, и по отношенію ко времени. 2) Но изъ этого слѣдуетъ только, что тотъ, по отношенію къ которому дано согласіе, въ правѣ относиться къ согласившемуся такъ, какъ если бы сила акта наступила тогда же; а вовсе не то, чтобы наступленіе этой силы съ того же времени признавалось и самимъ правомъ; ибо въ то время актъ не удовлетворялъ требованіямъ права.

не можетъ уменьшить пріобрѣтенныхъ правъ третьяго лица, такъ какъ онъ не имѣетъ надъ ними никакой власти; слѣдовательно, по отношенію къ нимъ обратное дѣйствіе согласія рушится [7]). Если согласіе не послѣдуетъ, то для представляемаго лица актъ не имѣетъ никакой силы; но онъ не имѣетъ ея и для представителя, который для себя и не желалъ никакихъ послѣдствій. Но если заключая договоръ, представитель явно или молчаливо согласился гарантировать полученіе согласія или существованіе полномочія [7a]), то онъ обязанъ вознаградить другаго контрагента за убытки [8]).

---

3) Однако за основаніе должно принять общее постановленіе Юстиніана въ l. 25 i. f. C. de don. i. v. e. u. 5. 16: „Sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“ (ср. l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28, c. 10 de R. J. in VI°. 5. 13). См. объ этомъ § 83 прим. 10. L. 56 D. de iud. 5. 1 и l. 6 § 1. D. de pign. 20. 1 не говорятъ объ этомъ случаѣ согласія; въ виду l. 71 § 1. 2 D. de sol. 8. 46. 3 и l. 25 § 1 D. ratam. rem 46. 8 это остается сомнительнымъ. См. объ этихъ мѣстахъ § 83 прим. 6.

7) Хотя источники открыто и не признаютъ этого, но оно тѣмъ не менѣе вѣрно.

7a) Подобнаго рода безмолвное принятіе на себя гарантіи заключается въ каждомъ договорѣ отъ чужаго имени, заключенномъ неуполномоченнымъ безъ указанія на отсутствіе у него полномочія, предполагая притомъ, что контрагентъ не въ правѣ былъ думать, чтобъ это обстоятельство было извѣстно противнику.

8) И слѣдовательно насколько въ интересѣ другаго контрагента исполнить самый договоръ, ср. Зейф. Arch. VI. 33, VIII. 255, XII. 156. Но основаніе этой обязанности есть именно принятая на себя гарантія, а не договоръ, заключенный отъ чужаго имени. Другаго мнѣнія Беръ Iahrb. f. Dogm. VI. 6 на основаніи воззрѣнія, означеннаго въ §. 73 прим. 16.—HGB (торг. код.) ст. 55 предоставляетъ обязывать представителя, по выбору другаго контрагента, или къ „вознагражденію убытковъ или къ исполненію“. Ср. A. D. Wechselordn. (общегер. векс. уст.) ст. 95.—Лабандъ в. н. с. стр. 299 и сл. для конструкціи обязанности представителя вознаграждать убытки прибѣгаетъ къ помощи выставленнаго Иерингомъ понятія culpa in contrahendo, на основаніи коего можно только вывести право на доставленіе т. н. отрицательнаго договорнаго интереса (negative Vertragsinteresse). Ср. II §. 307 прим. 5, II. §. 308 прим. 6, II §. 315 прим. 7. Изъ этой точки зрѣнія (неправильно, см. Иеринга Iahrb. f. Dogm. IV стр. 34. 41. 92) Лабандъ выводитъ то, по моему мнѣнію, невѣрное положеніе, что представитель не подлежитъ отвѣтственности, если онъ находился въ извинительномъ заблужденіи относительно отсутствія полномочія. Противъ этого также Беръ Iahrb. f. Dogm. VI стр. 293.

4. Подлинность (истинность) выраженной воли. § 75 *).

Иногда то, что выдается за волю лица, на самомъ дѣлѣ можетъ и не быть его волею. Утверждающій это долженъ доказать [1]); и если докажетъ, то сдѣланное изъявленіе воли не имѣетъ никакой юридической силы.

Изъявляющій волю можетъ выражать свою неистинную волю сознательно или безсознательно.

Изъ случаевъ перваго рода особенно важенъ въ практическомъ отношеніи случай симуляціи (притворства) [2]). Подъ нею разумѣется такая неподлинная воля, которая изъявляется съ тѣмъ, чтобы только повидимому совершить какой-либо юридическій актъ. При этомъ можетъ случиться, что она дѣйствительно имѣетъ въ виду осуществленіе другаго юридическаго акта; въ такомъ случаѣ возникаетъ вопросъ, не можетъ ли, по крайней мѣрѣ, этотъ послѣдній получить силу. Отвѣтъ на этотъ вопросъ зависитъ отъ того, 1) можетъ ли сдѣланное изъявленіе считаться надлежащимъ выраженіемъ наличной воли и 2) не противно ли праву, что часто случается, содержаніе этой воли [3]).

---

*) Савинья III §. 134.

[1]) Это означаетъ, что т. н. reservatio mentalis не имѣетъ никакого юридическаго значенія; ибо необнаруженная мысль не можетъ быть доказываема. Если кто-либо говоритъ: я хочу, то дотолѣ принимается, что онъ дѣйствительно хочетъ, доколѣ изъ объективно распознаваемаго факта не будетъ усмотрѣно, что онъ не хочетъ. Ср. Савинья III стр. 259, Иеринга Jahrb. f. Dogm. IV стр. 74. 75.

[2]) Другіе случаи см. въ l. 24 D. de test. mil. 29. 1, 3 §. 2 l. D. de O. et A. 44. 7.

[3]) Cod. IV. 22 plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur; l. 54 D. de O. et A. 44. 7, l. 55 D. de contr. emt. 18. 1, l. 4 §. 5 D. de in diem add. 18. 2, l. 30 D. de R. N. 23. 2, l. 3 C. de repud. 5. 17; l. 36. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 46 D. loc. 19. 2, l. 5 §. 5 l. 7 §. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de contr. emt. 4. 38, l. 20 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 14 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 5. 6 C. si quis alteri 4. 50, l. 16. C. de don. i. v. e. u. 5. 16. Ср. Зейф. Arch. V. 146, XVIII. 132, (XXII. 12; VI. 82, XVII. 80, XX. 26, XXI. 98).

§ 76 *).

Когда изъявляющій волю не сознаетъ, что въ дѣйствительности онъ желаетъ не того, что выдаетъ за свою волю, то онъ дѣйствуетъ подъ вліяніемъ заблужденія [1]). Обыкновенно и говорятъ, что въ этомъ случаѣ изъявленіе воли ничтожно вслѣдствіе заблужденія, въ коемъ находится изъявляющій волю; но это не точно. Причина ничтожности изъявленной воли заключается не въ заблужденіи, а въ томъ именно, что заявленію не соотвѣтствуетъ дѣйствительная воля [1a]); заблужденіе есть лишь то основаніе, въ силу котораго въ дѣйствительности нежелаемое выдается за желаемое [2]).

---

*) Рихельманъ der Einflusz des Irrthums auf Verträge (1837). Савиньи III §. 135 — 139 (1840; это сочиненіе составляетъ эпоху для ученія о заблужденіи). Вехтеръ II §. 102, Вангеровъ III §. 604 прим., Синтенисъ I стр. 193 и сл. II стр. 298 и сл., Унгеръ II §. 89. (Экснеръ Tradition II стр. 262—287. Гольдшмидтъ Handelsr. I. 2 § 62).

§ 76. [1]) Онъ думаетъ, что его изъявленіе означаетъ нѣчто другое, а не то, что оно дѣйствительно означаетъ, или же, что оно выражаетъ не то, что оно дѣйствительно выражаетъ. (Особое примѣненіе послѣдняго случая см. II §. 308 прим. 6).

[1a]) Вслѣдствіе того Савиньи (III прил. VIII N. XXXIV) называетъ такое заблужденіе „не истиннымъ“ (unechten), очевидно неудачно; мнимымъ будетъ то заблужденіе, которое лишь кажется заблужденіемъ, а не то, которое только по видимому оказываетъ извѣстное юридическое дѣйствіе. Но отвергать изъ за этого, какъ дѣлаетъ Беккеръ (krit. VJSchr. III стр. 187 — 201), всякое различіе между заблужденіемъ, исключающимъ согласіе воли съ ея выраженіемъ, и заблужденіемъ, не исключающимъ этого согласія, по моему мнѣнію, совершенно неосновательно; на мой взглядъ, это различіе есть единственно вѣрная основа удовлетворительной теоріи заблужденія, а установленіе его — одна изъ лучшихъ заслугъ Савиньи. Беккеръ желаетъ замѣнить это различіе слѣдующимъ: заблужденіе, относящееся къ послѣдствіямъ дѣянія, и заблужденіе, не относящееся къ нимъ. Заблужденіе перваго рода должно, и по мнѣнію Беккера, привести къ тому, что не предусмотрѣнныя послѣдствія считаются нежелаемыми; но отсюда никоимъ образомъ не слѣдуетъ непремѣнно, „что вслѣдствіе того изъявленіе воли должно бы быть ничтожно или только менѣе дѣйствительно“. Впрочемъ, самъ Беккеръ соглашается, что его „мысли“ „нуждаются въ болѣе твердомъ обоснованіи и въ болѣе тщательномъ развитіи выводовъ изъ нихъ“. Ср. еще Беккера krit. VJSchr. V стр. 395. 396. Не заслуживаетъ никакого вниманія то, что Германъ, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 6, ср. также VII. 4. 7 (1847. 1850), высказалъ противъ Савиньи.

[2]) Если дѣйствительно есть въ наличности другая воля, что обыкновенно и бываетъ въ этомъ случаѣ, то и она лишена юридическаго дѣйствія, точно также какъ и сдѣланное изъявленіе; изъявленіе будетъ безъ воли, а воля безъ изъ-

Отсюда вытекаетъ важное правило, что ничтожность выраженія воли не исключается неизвинительностью заблужденія [3]).

Впрочемъ, для ничтожности изъявленной воли не достаточно, чтобы заблужденіе вызвало изъявленіе воли, въ какомъ бы то ни было отношеніи не соотвѣтствующее дѣйствительной волѣ; необходимо, чтобы выданное за желаемое не было желаемо во всемъ своемъ объемѣ [4]) или въ какой-либо существенной своей части; это положеніе, при выше указанномъ словоупотребленіи, можетъ быть выражено такъ: основаніемъ ничтожности акта служитъ существенное, а не несущественное заблуженіе [5]). Существенными же моментами при изъявленіи воли представляются слѣдующіе:

1) природа установляемаго правоотношенія;

2) лицо, относительно коего изъявляется воля, предполагая, что изъявляющій волю имѣетъ въ виду именно данное лицо [6]);

явленія. Въ L. 9 § 2 D. de her. inst. 28. 5 нѣтъ противорѣчія (—„quasi plus nuncupatum sit—“).

[3]) Ср. § 79 и Вангерова I § 83 прим. 1 N I. Зейф. Arch. II. 273, VII. 19, IX. 141; но ср. также VIII. 26.

[4]) Какъ, напримѣръ, когда кто-либо по ошибкѣ подписываетъ документъ, принимаемый имъ за другой. L. 5 C. plus. valere 4. 22.

[5]) При этомъ слѣдуетъ однако замѣтить, что подъ существеннымъ и несущественнымъ заблужденіемъ издавна принято понимать не то заблужденіе, которое относится къ существенному или несущественному пункту, а то, которое уничтожаетъ или не уничтожаетъ изъявленія воли.

[6]) L. 9 pr. D. de her. inst. 28. 5. Ср. Зейф. Arch. V. 271.—Безотносительно утверждать, что изъявленіе воли направлено не на то лицо, которое желательно, можно лишь въ томъ случаѣ, когда изъявленною волею дѣйствительно указанъ не тотъ индивидъ, котораго желаетъ изъявляющій волю, а не тогда, когда изъявляющій волю принимаетъ за иной тотъ индивидъ, котораго дѣйствительно имѣетъ въ виду. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ имѣется лишь заблужденіе въ качествахъ лица. Сравните слѣдующую лѣстницу: кто-либо даритъ что-нибудь стоящему предъ нимъ лицу, именующему себя ложнымъ именемъ — ложною фамиліей — именемъ лица, о существованіи коего вовсе неизвѣстно дарителю, — именемъ лица, существованіе коего извѣстно дарителю или предполагается имъ строго говоря, какъ въ первомъ, такъ и въ послѣднемъ случаѣ нѣтъ заблужденія относительно лица. Но качество лица, къ которымъ собственно относится заблужденіе, въ послѣднемъ случаѣ столь существенны, что заблужденіе о качествахъ и будетъ опять заблужденіемъ о самомъ лицѣ. Что въ этомъ отношеніи имѣетъ мѣсто аналогія между свойствами вещи и свойствами лица (№ 4), этого отвергать никоимъ образомъ нельзя, хотя, съ другой стороны, нельзя не согласиться, что l. 52 § 21 и l. 66 § 4 D. de furtis 47. 2, въ коихъ говорится о перене-

3) предметъ, на который направлено изъявленіе воли [7]). Если предметъ изъявленія воли опредѣленъ количественно, то она считается дѣйствительною лишь въ той мѣрѣ, въ какой воля совпадаетъ съ изъявленіемъ [8]).

4) Что касается свойствъ предмета изъявленной воли, то слѣдуетъ отличать тѣ свойства, которыя по господствующимъ въ обыденной жизни понятіямъ составляютъ сущность этого предмета, отъ свойствъ несущественныхъ. Если предмету изъявленной воли ошибочнымъ образомъ приданы свойства перваго рода, то желаемый предметъ будетъ, если не физически, то по существу, иной, чѣмъ тотъ, на который направлено изъявленіе воли, и потому само изъявленіе будетъ ничтожно. Наоборотъ, ошибка относительно свойствъ втораго

сеніи собственности на человѣка, подставленнаго вмѣсто другаго, нѣтъ никакого намека на то, что собственность не переходитъ (за исключеніемъ случая furtum, при которомъ однако перенесеніе собственности не допускается даже и тамъ, гдѣ къ тому нѣтъ никакого иного препятствія, ср. напр. l. 43 pr. D. de furtis). Напротивъ того, основаніемъ ничтожности не можетъ служить приписаніе дѣйствительно желаемому индивиду такого спеціальнаго качества, котораго у него нѣтъ, ср. l. 14 § 3 D. de in dict add. 18. 2 (этому мѣсту не противорѣчитъ l. 30 § 1 D. de pactis 2. 14); но можетъ ли при этомъ заблужденіе насчетъ качествъ имѣть такое же дѣйствіе, какъ заблужденіе въ побудительной причинѣ или же въ силу предположенія (modus), это уже другой вопросъ, см. § 78. 98.—Противъ ничтожности въ вышеозначенномъ случаѣ высказался Бекеръ krit. VJSchr. V стр. 395. 396. Въ приводимомъ имъ конкретномъ случаѣ и я бы не нашелъ никакого основанія ничтожности, но потому именно, что въ примѣрѣ этомъ для покупателя важно не лицо продавца, а только лицо фабриканта купленнаго товара; заблужденіе же въ этомъ послѣднемъ отношеніи не есть существенное (№ 4).

[7]) L. 9 § 1 D. de her. inst. 28. 5, l. 4 pr. D. de leg. I 30; l. 10 C. de don. 8. 54; § 23 J. de inut. stip. 3. 19, l. 83 § 1 l. 137 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 34 pr. D. de A. v. A. P. 41. 2. Въ послѣднихъ изъ указанныхъ здѣсь мѣстъ договоръ объявляется ничтожнымъ по причинѣ отсутствія согласія (ср. также l. 57 D. de O. et A. 44. 7). Совершенно вѣрно; ибо если одинъ изъ контрагентовъ желаетъ не того, чего желаетъ другой, то согласія нѣтъ. Но чтобы признать такой договоръ ничтожнымъ, нѣтъ надобности прибѣгать къ этому основанію; договоръ этотъ уже потому ничтоженъ, что воля, изъявленная однимъ изъ контрагентовъ, ничтожна. Отсюда слѣдуетъ, что договоръ будетъ ничтоженъ даже и въ томъ случаѣ, когда оба контрагента были согласны между собою, въ каковомъ случаѣ о разногласіи и рѣчи быть не можетъ. Зейф. Arch. XIX. 14.

[8]) L. 9. § 3. 4 D. de her. inst. 28. 5. Но можетъ ли вмѣстѣ съ тѣмъ состояться и вся сдѣлка, въ составъ которой входитъ изъявленіе воли, это другой вопросъ; см. l. 52 D. loc. 19. 2.

рода не влечетъ за собою ничтожности изъявленной воли [9]). Мало того означенное воззрѣніе и по отношенію къ свойствамъ перваго рода можетъ быть проведено не безусловно, но лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда изъявленіе идетъ дальше самой воли, а не наоборотъ [10]).

---

[9]) Здѣсь не мѣсто разрѣшать вопросъ, можно ли при договорахъ основать на этомъ заблужденіи притязанія другаго рода. Означенное въ текстѣ различіе введено Савинью (в. п. с. § 137. 138), и справедливость его не могли поколебать ни возраженіе Крица (въ его Rechtsfällen IV стр. 345 и сл. [1838]), ни возраженіе Рено (Arch. f. civ. Pr. XX. VIII. 10 [1846]. Ср. впрочемъ, Вехтера II стр. 747. 748 (къ тому же Е. А. Зейферта въ Seuffert's II § 254 прим. 5). Примѣры: сущность металлическаго сосуда или утвари зависитъ отъ того, сдѣланъ ли онъ изъ благороднаго или неблагороднаго металла, но сущность деревянной утвари вовсе не зависитъ отъ того, сдѣлана ли она изъ лучшаго или худшаго дерева. Рабъ иного рода вещь чѣмъ рабыня; но того же нельзя сказать о рожавшей уже рабынѣ въ сравненіи съ дѣвственною рабыней. Ср. l. 9 § 2 (къ тому Arch. f. civ. Pr. XLVIII стр. 22. 23) l. 10. 11 l. 14. 41 § 1 l. 58 D. de contr. emt. 18. 1; l. 45 D. eod., l. 21 § 2 D. de A. E. V. 19. 1. (Что въ послѣднемъ мѣстѣ не слѣдуетъ читать: emtionem non esse, это вытекаетъ изъ того, что при ничтожности купли — продажи продавецъ вовсе не подлежалъ бы отвѣтственности; ибо къ лукавству онъ не прибѣгалъ и родъ дерева онъ прямо не гарантировалъ. См. Виндшейда Voraussetzungen стр. 117, ср. также и Савинья III стр. 286 — 290, Вангерова III стр. 284—286). Нѣкоторые, основываясь даже на указанныхъ мѣстахъ, сводятъ ничтожность къ отсутствію согласія; см. прим. 7.—Что же въ томъ случаѣ, когда предметъ, къ коему относится изъявленіе воли, поврежденъ? Очевидно, что пепелище не то, что домъ; напротивъ того, неповрежденный домъ есть вещь того же рода, какъ и домъ, у котораго обгорѣла кровля. Но гдѣ же тутъ граница? По l. 57 D. de contr. emt. 18, 1 все зависитъ отъ того, сгорѣло ли болѣе или менѣе половины, въ случаѣ же ухищренія со стороны противника заблуждающійся можетъ оставить сдѣлку въ силѣ, если только сохранилась еще хоть самая малая часть дома. Впрочемъ, въ источникахъ встрѣчаются слѣды и того воззрѣнія, что заблужденіе о качествахъ вещи не оказываетъ никакого вліянія на дѣйствительность сдѣлки, такъ какъ о самомъ предметѣ заблужденія не было, l. 9 § 2 l. 45 i. f. D. de contr emt. 18. 1, послѣднее мѣсто другими объясняется, конечно, иначе, ср. Вангерова III стр. 282—284 (II § 395 прим. 2). Къ заблужденію о качествахъ предмета примѣняется тоже, что сказано о качествахъ лица въ концѣ прим. 6. Заблужденіе о мѣстѣ, гдѣ находится предметъ изъявленія воли: Реацъ Lehre vom Erfüllungsort § 24.

[10]) Въ источникахъ постановлено: если кто объявляетъ, что желаетъ пріобрѣсти закладное право на бронзовую вещь, принимаемую имъ за золотую, такъ что его воля направлена къ пріобрѣтенію закладнаго права на золотую вещь, то его изъявленіе воли дѣйствительно l. 1 § D. de pign. act. 13. 7 (ср. Дерн-

Несущественными моментами изъявленія воли будутъ, напримѣръ, свойства лица, къ коему относится изъявленіе воли [11]), имя этого лица, [12]), названіе или несущественныя свойства предмета изъявленія воли [13]) и приращенія его [14]).

§ 77.

Въ договорахъ заблужденіе можетъ вызвать не только изъявленіе не истинной воли, но и такое изъявленіе воли, которое не согласуется съ изъявленіемъ воли противной стороны, если изъявляющій волю думаетъ, что противная сторона выразила не ту волю, которую она дѣйствительно выразила, усматривая такимъ образомъ согласіе въ томъ, что не составляетъ согласія. И въ этомъ случаѣ говорятъ, что договоръ ничтоженъ вслѣдствіе заблужденія; но и здѣсь причиною ничтожности будетъ не заблужденіе, но прикрываемое имъ отсутствіе обоюднаго согласія сторонъ [1]). Впрочемъ, и здѣсь договоръ долженъ считаться недѣйствительнымъ лишь въ томъ случаѣ, когда заблужденіе, то-есть, разногласіе (dissensus) относится къ какому-либо существенному обстоятельству, что рѣшается на основаніи правилъ, выставленныхъ въ предыдущемъ § [2]).

бурга Pfandr. I стр. 196); равно какъ и въ томъ случаѣ, когда онъ выговариваетъ себѣ такую вещь, l. 22 D. de V. O. 45. 1. Тоже самое примѣняется и тогда, когда кто-либо уступаетъ какое-нибудь право на подобную вещь или обѣщаетъ что-нибудь по отношенію къ ней. Равнымъ образомъ должно остаться въ силѣ и то изъявленіе воли, въ коемъ кто-либо объявляетъ свою готовность пожертвовать вещь, которая цѣннѣе чѣмъ онъ думаетъ, напр. вещь золотую, принимаемую имъ за бронзовую. Ср. Савинъи III стр. 298 — 302.

[11]) Ср. впрочемъ, прим. 6.

[12]) § 29 I de leg. 2. 20, l. 4 C. de test. 6. 23.

[13]) L. 4 pr. D. de leg. I 30, l. 28 D. de reb. dub. 34. 5, l. 7 § 1 C. de leg. 6. 37, l. 9 § 1 l. 10 D. de contr. emt. 18. 1. l. 32 D. de V. O. 45. 1. Зейф. Arch. II 20.

[14]) L. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1. Ср. впрочемъ, Вехтера II § 102, прим. 4. Зейф. Arch. XX. 118.

§ 77. 1) Ср. Зейф. Arch. XVI. 34 (§ 76 прим. 3). — И о томъ случаѣ, когда вслѣдствіе заблужденія одного изъ контрагентовъ нѣтъ единства между волею и ея изъявленіемъ, можно сказать, что договоръ ничтоженъ по отсутствію согласія, какъ объ этомъ было замѣчено (§ 76 прим. 7 и 9).

[2]) Природа правоотношенія: l. 18. D. de R. C. 12. 1, l. 3 § 1 D. de O. et A. 44. 7; лицо, относительно коего изъявляется воля: l. 32 D. de R. C. 12. 1 (ср. Зейф. Arch. III. 165. 169, XI. 220); предметъ изъявленія воли: l. 9 pr. D. de contr. emt. 18. 1.

Если предметомъ договора будетъ что-либо количественное, то согласіе всегда предполагается относительно меньшаго изъ указаннаго сторонами количествъ, но будетъ ли при этомъ вся сдѣлка дѣйствительна, это другой вопросъ [3]).

5. Мотивы (побужденія) воли.

Заблужденіе. Обманъ. *)

§ 78.

Изъ мотивовъ воли, изъявленной въ юридическомъ актѣ, нужно прежде всего разсмотрѣть заблужденіе, то-есть, отсутствіе истиннаго представленія о какомъ-либо предметѣ [1]); т. н. заблужденіе въ побудительной причинѣ. Воля, хотя и вызванная такимъ ошибочнымъ представленіемъ, будетъ все-таки дѣйствительно существующею волей; но она конечно будетъ не настоящею, не истин-

---

[3]) L. 1 § 4 D. de V. O. 45. 1; см. кромѣ того въ § 76 прим. 8 цитированное l. 52 D. loc. 19. 2, которое можетъ быть отнесено и сюда. Зейф. Arch. II. 273.

) И здѣсь слѣдуетъ положить въ основу Савинья III § 115 и приб. VIII Ср. кромѣ того: Глюка XXII стр. 361—451, Мюленбруха Arch. f. civ. Pr. II 35 (1821), Рихельмана (§ 76) § 11. 12, Вехтера II § 21. 104. 105, Вангерова I § 83 прим. 1—4, Синтениса I стр. 195 и сл. 188 и сл., Унгера II. § 77. 81.

[1]) Все равно, будетъ ли это представленіе невѣрное (заблужденіе въ тѣсномъ смыслѣ), или не будетъ никакого представленія о предметѣ (заблужденіе, какъ невѣдѣніе). § 78.

[1]а) Если въ источникахъ и говорится неоднократно, что заблужденіе исключаетъ волю (l. 15 D. de iurisd. 2. 1, l. 2 pr. D. de iud. 5. 1, l. 20 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 116 § 2 D. de R. I 50. 17, l. 8. 9 C. de iur. et fact. ign. 1. 18), то это одно изъ тѣхъ невѣрныхъ въ общемъ смыслѣ положеній, которыя хотя нерѣдко встрѣчаются въ римской юриспруденціи, но не приводятъ къ неправильнымъ рѣшеніямъ въ отдѣльныхъ случаяхъ. Приведенное положеніе вѣрно, когда въ силу заблужденія изъявляется не то, что желаетъ изъявляющій волю, (§ 76), вѣрно оно и настолько, насколько при безмолвныхъ волеизъявленіяхъ заключеніе отъ извѣстнаго дѣйствія къ извѣстной волѣ предполагаетъ, что данное лицо не было въ заблужденіи объ извѣстномъ обстоятельствѣ. Именно объ этомъ говорится въ большей части названныхъ мѣстъ, между тѣмъ, какъ въ двухъ послѣднихъ это общее положеніе примѣнено къ такому изъявленію, кото-

ною волей изъявляющаго ее, то-есть, безъ этого заблужденія она бы не образовалась. Отсюда вытекаетъ, что изъявленіе такой воли отнюдь не ничтожно, оно недѣйствительно развѣ косвеннымъ образомъ, то-есть, нельзя требовать осуществленія ея и утраченное чрезъ нее можетъ быть потребовано обратно. Такая косвенная недѣйствительность наступаетъ на самомъ дѣлѣ при изъявленіи воли на случай смерти, если будетъ несомнѣнно, что безъ этого заблужденія не было бы и самого изъявленія воли; наоборотъ, при изъявленіяхъ воли между живыми она наступаетъ лишь въ томъ случаѣ, когда это вмѣстѣ съ тѣмъ окажется яснымъ для того лица, въ пользу коего воля изъявлена [2]). Въ противномъ случаѣ одно заблужденіе, какъ таковое, не можетъ освободить заблуждающагося отъ невыгодныхъ послѣдствій его изъявленія воли [3]). Иное дѣло тогда, когда заблужденіе вызвано противною стороною съ обманною цѣлью [4]). Хотя и въ этомъ случаѣ высказанная воля будетъ дѣйствительно существующею волей, да и въ нынѣшнемъ правѣ такое изъявленіе не считается ничтожнымъ [5]). Но съ другой сто-

---

рое не обязательно и независимо отъ заблужденія. Въ послѣднее время Германъ (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III. 3. 6 (ср. VII. 4) пытался доказать, что римское право считаетъ ничтожнымъ всякое волеизъявленіе, сдѣланное вслѣдствіе заблужденія въ побудительной причинѣ, и притомъ потому именно, что воля, находящаяся подъ вліяніемъ заблужденія, несвободна; но это мнѣніе осталось одинокимъ.

[2]) О томъ и другомъ подробнѣе будетъ изложено въ связи съ другими вопросами; § 98 прим. 6.

[3]) L. 52 l. 65 § 2 D. de cond. ind. 12. 6. Зейф. Arch. IV. 233, VII. 52. Въ нашихъ источникахъ встрѣчается единственный слѣдъ возстановленія прежняго состоянія вслѣдствіе заблужденія въ побудительной причинѣ (l. 1 § 17 D. de separ. 42. 6, ср. также § 6 I. de her. qual. 2. 19). Мнѣніе Савиньи (III. стр. 115), что исключенія составляютъ также эдильскіе иски и condictiones, основанныя на ошибочной causa, неосновательно; въ первыхъ основаніе притязанія покупщика составляетъ (законноистолкованный) договоръ купли—продажи, въ послѣднихъ — отсутствіе предположенія (§ 97).

[4]) Обманъ — dolus. О его понятіи и о томъ, что онъ можетъ быть учиненъ и чрезъ умолчаніе, см. l. 1. § 2 D. de dolo 4. 3, l. 7 § 9 D. de pactis 2. 14, l. 43 § 2 D. de contr. emt. 18. 1. Доказательство: Иерингъ Arch. f. prakt. RW. N. F. IV стр. 300 и сл.

[5]) Относительно bonae fidei negotia господствовавшее прежде мнѣніе утверждало противное или объ обманѣ вообще, или объ обманѣ бывшемъ, причиною не только одного изъ опредѣленій сдѣлки, но и заключенія самой сдѣлки (т. н. dolus causam dans, въ противоположность dolus incidens). Объ этомъ вопросѣ

роны, нельзя также допустить, чтобы изъявленіе воли доставляло выгоду обманщику, принося въ тоже время вредъ обманутому. Сообразно съ этимъ послѣднему предоставляются: 1) возраженіе (exceptio) противъ притязанія, возникшаго для обманщика изъ данной юридической сдѣлки [6]); 2) право требовать возстановленія обманщикомъ прежняго положенія [7]).

§ 79.

Заблужденіе не только можетъ быть мотивомъ изъявленной въ юридическомъ актѣ воли, но и въ другихъ отношеніяхъ можетъ служить важнымъ юридическимъ моментомъ [1]), либо такъ

и именно о приводимомъ въ пользу означеннаго мнѣнія l. 7 pr. D. de dolo 4. 3. см. Вангерова III § 605 прим. 1, а также слѣдующія примѣчанія. Ср. тоже Синтениса I § 22 прим. 13.

[6]) Exceptio doli. При bonae fidei iudicium не было нужды въ exceptio doli (какъ и вообще въ exceptio), такъ какъ dolus могъ быть въ этомъ iudicium и прямо предметомъ иска; ср. напр. l. 11 § 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 C. de resc. vend. 4. 44, ибо contrarius est dolus bonae fidei (l. 5 C. cit.). Сообразно съ тѣмъ, что можно было обойдтись безъ exceptio doli, въ источникахъ говорится также о договорѣ товарищества, что онъ „ipso iure nullius momenti“ (l. 3 § 3 D. pro socio 17. 2, ср. l. 16 § 1 D. de min. 4. 4); это-то положеніе было однимъ изъ основаній, въ силу которыхъ прежняя теорія утверждала, будто юридическая сдѣлка, заключенная подъ вліяніемъ обмана, ничтожна. Само собою разумѣется, возраженіе это имѣетъ силу нетолько противъ наслѣдниковъ обманщика, но и противъ того, кто въ качествѣ сингулярнаго преемника вступаетъ въ обладаніе пріобрѣтеннымъ чрезъ обманъ притязаніемъ (см. II § 332 прим. 5). Но если чрезъ обманъ возникло не прямо самое притязаніе (обязательство), а только вещное право, то противъ послѣдующаго пріобрѣтателя этого права это возраженіе имѣетъ силу лишь тогда, когда онъ пріобрѣлъ указанное право безвозмездно; наравнѣ съ этимъ случаемъ поставленъ случай, когда вещь ему заложена, l. 4 § 27 — 31 de doli exc. 44. 4.

[7]) Actio doli или de dolo. Притязаніе на возстановленіе правъ (Wiederherstellungsanspruch) можетъ быть направлено на уничтоженіе всего дѣйствія юридической сдѣлки, или же на уничтоженіе одной лишь стороны этого дѣйствія; здѣсь то лучше всего оправдывается различіе между dolus causam dans и incidens. Ср. Зейф. Arch. II. 167, XI. 221 N. II. Blätter f. RAnwend. XXXIII стр. 309 и сл. XXXIV стр. 92 и сл. Ergänz. Bd. zu Iahrg. 30. 31 стр. 404 и сл. Можетъ ли быть потребовано и in integrum restitutio? Объ этомъ въ § 118 прим. 6.

[1]) Желая соединить въ одно все то, что нужно сказать о заблужденіи, я вставляю сюда этотъ §, по содержанію своему далеко выходящій за сферу юридическихъ актовъ. § 79.

что оно само входитъ въ составъ юридическаго событія [2]), либо такъ, что вслѣдствіе присоединившагося заблужденія устраняются юридическія послѣдствія, непосредственно связанныя съ извѣстнымъ событіемъ [3]).

Затѣмъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ кто-либо ссылается на заблужденіе для доставленія себѣ какой нибудь выгоды или для отвращенія отъ себя какого-нибудь невыгоднаго послѣдствія, онъ можетъ оправдываться не всякимъ заблужденіемъ, а лишь извинительнымъ [4]). Извинительнымъ же источники называютъ

---

[2]) Такъ, напримѣръ, при давностномъ владѣніи, при пріобрѣтеніи добросовѣстнымъ владѣльцемъ плодовъ.

[3]) Примѣры: принятіе наслѣдства и отреченіе отъ него недѣйствительны, если принимающій или отказывающійся заблуждается о существованіи или основаніи призванія къ наслѣдству (l. 22. 32—34 D. de A. v. O. H. 29. 2); недѣйствительность права требованія (Forderungsrecht), возникшаго изъ поручительства женщины или займа, изъ принятія займа домочадцемъ, устраняется тѣмъ, что вѣритель не зналъ, что онъ имѣетъ дѣло съ ручающеюся женщиной или съ домочадцемъ (l. 11. 12 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 3 pr. D. de SC. Mac. 14. 4); невыгодныя послѣдствія просрочки при извѣстныхъ обстоятельствахъ не падаютъ на того, кто не зналъ, что ему нужно дѣйствовать (ср. § 104 прим. 7).

[4]) Поэтому извинительности заблужденія не требуется тамъ, гдѣ на заблужденіе нѣтъ надобности ссылаться. Такъ именно, когда кто-либо вслѣдствіе заблужденія сдѣлалъ какое-нибудь изъявленіе, какого онъ на самомъ дѣлѣ не желалъ (§ 76 прим. 3). Регельсбергеръ civilrechtl. Erörterungen I стр. 19 и сл.; извинительности не требуется также при обманѣ, ср. II § 486 прим. 2, Зейф. Arch. XIX. 26, Игерингъ Arch. f. prakt. RW. N. F. IV стр. 278 и сл., Зейф. Arch. VII. 51 въ к. 52. 293, XIII. 86, Blätter f. RAnwendung Ergänz. Bd. zu Jahrg. 31. 31. стр. 404 и сл. Она не требуется далѣе тамъ, гдѣ не заблуждающійся долженъ указывать на свое заблужденіе, а наоборотъ противникъ долженъ доказать, что заблуждающійся зналъ о своемъ заблужденіи, напримѣръ, когда дѣло идетъ о невыгодныхъ послѣдствіяхъ недобросовѣстности; какъбы ни было непростительно заблужденіе, оно все-таки исключало собою знаніе. Правда, и въ подобномъ случаѣ можетъ встрѣтиться, что не всякое незнаніе ставится закономъ въ пользу незнающаго; но въ такомъ случаѣ это будетъ предписаніе положительнаго права, а не выводъ изъ указаннаго принципа, и потому безъ особаго доказательства оно не должно быть принимаемо. Такъ въ деликтахъ не дозволено ссылаться на незнаніе уголовнаго закона, а не на всякое иное невѣдѣніе права, Савиньи III. Beil. VIII N XX—XXII); такъ, изъ порочности купленной вещи для покупателя не можетъ возникнуть никакого притязанія, если онъ о томъ зналъ или долженъ былъ знать, а interd. quod vi aut clam дается тогда, когда дѣйствующій зналъ или долженъ былъ знать, что онъ дѣйствуетъ противъ воли противника (l. 14 § 10 D. de aed. ed. 21. 1, l. 3 § 7. 8 l. 4 D. quod vi aut clam 43. 24).

заблужденіе относительно фактовъ (т. н. error facti), неизвинительнымъ — заблужденіе относительно юридическихъ нормъ (error iuris [5]) [6]). Впрочемъ, это различіе слишкомъ внѣшнее; въ дѣйствительности можетъ быть извинительно и заблужденіе юридическое, когда дѣло идетъ о какой-либо неясной или отдаленной (по времени либо мѣсту) юридической нормѣ и когда употреблены въ дѣло доступныя вспомогательныя средства изъясненія, [7]), наоборотъ неизвинительнымъ можетъ быть и заблужденіе фактическое, когда оно вызвано грубою небрежностью [8]); разумѣется при этомъ, первое или второе должно быть доказано тѣмъ, кто на то ссылается. Кромѣ того, извѣстнымъ лицамъ юридическое заблужденіе вообще не вмѣняется въ вину [9]): либо безусловно, какъ, напримѣръ, несовершеннолѣтнимъ [10]), либо въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ напримѣръ, женщинамъ (когда онѣ не пріобрѣтаютъ, но лишь желаютъ оградить себя отъ убытка; однако, и то не безусловно [11])), солдатамъ [12]) и необразованнымъ [13] [14]).

---

[5]) Странное воззрѣніе на понятіе о юридическомъ и фактическомъ заблужденіи высказалъ Вейль (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 13 [1855]). Правда, и у него юридическое заблужденіе относится къ юридическимъ правиламъ, а фактическое—къ фактамъ, но то и другое ближайшимъ образомъ относится къ правамъ: юридическое заблужденіе, полагаетъ онъ, должно быть заблужденіемъ о правахъ, происходящимъ изъ заблужденія объ объективномъ правѣ, а фактическое должно быть заблужденіемъ о правахъ, происходящимъ изъ заблужденія о фактѣ.

[6]) Dig. 22. 6. Cod. l. 18 de iuris et facti ignorantia. Ср. именно l. 2. 9 pr. § 5 D. h. t. Также c. 13 de R. I. in VI°.

[7]) L. 9 § 3 D. h. t., l. 10 D. de B. P. 37. 1, l. 2 § 5 D. si quis ordo 38. 15; c. 1 de const. in VI° 1. 2.

[8]) L. 3 § 1 l. 6. 9 § 2 D. h. t., l. 3 pr. D. de SC. Mac. 14. 6; l. 3 pr. D. h. t., l. 5 § 1 D. pro suo 41. 10. Зейф. Arch. IX. 261. Ср. впрочемъ Момзена Beiträge I стр. 417—419.

[9]) Савиньи III стр. 429 и сл.

[10]) L. 9 pr. D. l. 11 C. h. t. (l. 3 C. Th. de spons. 3. 5).

[11]) L. 9 pr. D. h. t., l. 8 cod., l. 3. 11. 13 C. h. t. Савиньи в. п. с. стр. 432—436.

[12]) L. 9 § 1 D. h. t., l. 1 C. de rest. mil. 2. 51, l. 22 pr. § 15 C. de iure del. 6. 30; l. 5 C. de his qui sibi adscribunt 9. 23. Савиньи стр. 437.

[13]) L. 8 C. qui admitti 6. 9, l. 1 § 5 D. de edendo 2. 13; l. 2 § 1 si quis in ius voc. 2. 5 и Савиньи в. п. с. стр. 436. Нынѣшняя примѣнимость понятія „rusticitas“ вообще и въ особенности въ разбираемомъ здѣсь отношеніи отвергается въ рѣшеніи у Зейф. Arch. XIX. 91. Ср. противъ этого тамъ же IX. 232, X. 268, XV. 173, VIII. 140. 141, XXII. 149.

[14]) Неправильныя обобщенія содержатся въ l. 7. 8 D. h. t. L. 7 cit. „Juris

в) Страхъ. Принужденіе *).

§ 80.

То обстоятельство, что изъявленная въ юридическомъ актѣ воля вызвана страхомъ, само по себѣ не имѣетъ никакого вліянія на дѣйствительность юридическаго акта, и притомъ не дѣлается здѣсь различія между изъявленіями воли между живыми и на случай смерти. Но не то должно сказать и здѣсь, когда страхъ вызванъ противозаконнымъ образомъ, напримѣръ, посредствомъ угрозъ, въ каковомъ случаѣ говорятъ обыкновенно о принужденіи (Zwang) [1]). Хотя и вынужденный юридическій актъ, подобно совершенному подъ вліяніемъ обмана, не ничтоженъ, такъ какъ истинная воля все-таки изъявлена [2]); но право даетъ противъ невыгод-

---

ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet“ L. 8 cit. „Error facti nè maribus quidem in damno vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet“. О различныхъ воззрѣніяхъ см. Вехтера II § 21 прим. 17, Савиньи III стр. 344—353, Вангерова I § 83 прим. 1 N V, и цитированныхъ у него.

*) Dig. 4. 2 quod metus causa gestum erit. Cod. 2. 20 de his quae vi metusve causa gesta sunt. — Шлимана die Lehre vom Zwange (1861). J. A. Kramer de leer van den psychischen dwang (1864; ср. Krit. VJSchr. VI стр. 416—418). Савиньи III § 114, Вехтера II § 106, Синтениса I стр. 186—188, Унгера II § 80.

§ 80. [1]) Выраженіе Zwang слишкомъ широко, такъ какъ подъ него подойдетъ и физическое насиліе, при которомъ не можетъ быть и рѣчи о вліяніи на волю, напримѣръ, если кто-либо насильно подписываетъ рукою другаго какой нибудь документъ. Употребительное у римлянъ обозначеніе еще шире; они говорятъ о metus, тогда какъ эдиктъ прежде говорилъ о vis metusve. L. 1. D. h. t.—Для противозаконности угрозы не требуется, чтобы причиненіе угрожаемаго зла было противозаконно; не дозволяется также, для вынужденія къ заключенію юридической сдѣлки, угрожать такимъ зломъ, которое въ правѣ причинить угрожающій L. 3 § 1 l. 7 § 1 и arg. l. 21 pr. D. h. t.; Шлиманъ стр. 24—26. Kramer стр. 177—179.

[2]) L. 21 § 5 D. h. t. „Si metu coactus adii hereditatem, puto heredem me effici, quia, quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui“ L. 21 § 4 eod. l. 22 D. R N. 23. 2. Какъ по отношенію къ обману, такъ и здѣсь прежде нерѣдко утверждали, что относительно bonae fidei negotia юридическая сдѣлка ничтожна (подробная исторія ученій у Шлимана стр. 179 и сл.). Ссылались именно на l. 116 pr. D. de R. I. 50, 17, l. 21 § 3 D. h. t. и l. 6.

ныхъ [3]) послѣдствій защиту, какъ и при обманѣ, и притомъ болѣе сильную. Оно даетъ здѣсь право на возраженіе и возстановленіе, и сверхъ того право требовать возвращенія въ прежнее состояніе [4]), все это не только противъ принуждающаго, но и противъ

---

§ 7 D. de A. v. O. H. 29. 2. Ср. объ этомъ Вангерова III § 605 прим. 2 Выставленное въ текстѣ воззрѣніе нынѣ пользуется почти безусловнымъ преобладаніемъ, благодаря именно доводамъ Савиньи в. п. с. Направленная противъ него критика Крица (Rechtsfälle V стр. 38 и сл.) названа уже у Вехтера, слишкомъ впрочемъ снисходительно, „отчасти непонятною". Гораздо болѣе заслуживаетъ вниманія защита ничтожности актовъ, сдѣланная недавно Шлиманомъ въ вышеуказанномъ основательномъ сочиненіи. Онъ разсуждаетъ такъ: 1) въ источникахъ защищаются оба воззрѣнія, и ничтожность и косвенная недѣйствительность; 2) при такомъ противорѣчіи намъ слѣдуетъ руководствоваться внутренними основаніями, а они заставляютъ насъ принять ничтожность. Но ни съ однимъ изъ этихъ аргументовъ нельзя согласиться. Всѣ мѣста, въ которыхъ Шлиманъ усматриваетъ признаніе ничтожности, допускаютъ и другое толкованіе, и хотя нельзя отрицать, что отчасти это другое толкованіе также нельзя считать удовлетворительнымъ, тѣмъ не менѣе слѣдуетъ принять въ соображеніе, что по общимъ правиламъ толкованія противорѣчіе даже между тѣми же самими писателями не должно быть допускаемо безъ настоятельной необходимости. Должно только согласиться, что римское право считаетъ вынужденное отпущеніе на волю ничтожнымъ (l. 9 pr. l. 17 pr. D. qui et a quib. 40. 9, Dosith. § 7); но это вполнѣ объясняется тѣмъ, что отмѣна разъ послѣдовавшаго освобожденія казалось римлянамъ чѣмъ-то столь необыкновеннымъ, что она могла быть совершена лишь императорскою властью и въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ, l. 9 § 6. l. 10 D. de min. 4. 4, l. 24 D. de dolo 4. 3. (Не смотря на то, даже и здѣсь защищается противоположное воззрѣніе, l. 9 § 2 D. h. t.—каковое мѣсто Kramer стр. 112 и сл. удачно относитъ къ фактическому вреду, возникающему изъ освобожденія). Подобное же соображеніе нынѣ примѣняется и къ католическому воззрѣнію на бракъ. Затѣмъ что касается внутреннихъ основаній, то они не приводятъ къ принятію ничтожности. Шлиманъ разсуждаетъ: при принужденіи представляется во всякомъ случаѣ сомнительнымъ, соотвѣтствуетъ ли изъявленная воля дѣйствительной волѣ, было ли желаемо и самое содержаніе изъявленной воли, а не одно изъявленіе ея; слѣдовательно, заключеніе отъ изъявленія къ волѣ неправильно, значитъ воля не доказывается ея изъявленіемъ. Но изъявленіе есть нѣчто болѣе чѣмъ доказательство существованія воли; оно не есть то, изъ чего можно заключать о волѣ, оно есть внѣшнее проявленіе воли или сама воля въ ея проявленіи. Кто утверждаетъ, что это проявленіе лживо, тотъ обязанъ доказать несуществованіе воли, а не достаточно заявлять лишь сомнѣніе о ея существованіи. Такого же мнѣнія Шененманъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX. Anh. стр. 5. Вангеровъ 7 изд. III стр. 281. 282.

[3]) L. 12 § 2 l. 14 pr. D. h. t, Шлиманъ стр. 29—31,

[4]) Exceptio quod metus causa, actio quod metus causa. Подробно объ этомъ

всякаго третьяго лица, обогатившагося вслѣдствіе принужденія [5]). Впрочемъ, чтобы принужденіе имѣло такое широкое дѣйствіе, требуется, чтобы, во первыхъ, угрожаемое зло было значительно, и во-вторыхъ, чтобы страхъ предъ нимъ былъ основателенъ [6]). При отсутствіи того или другаго условія теряется право защиты противъ третьяго, но остаются въ силѣ право на возраженіе и на возстановленіе противъ принуждающаго [7]).

6) Содержаніе юридическаго акта *).

§ 81.

Дѣйствительность юридическаго акта находится также въ зависимости отъ его содержанія; юридическому акту можетъ быть

---

exceptio и actio, равно какъ и объ in integrum restitutio, по причинѣ metus, см. ниже. И въ bonae fidei iudicium могло получать силу и принужденіе, хотя прямаго указанія судьѣ не было сдѣлано. L. 8 C. de resc. vend. 4. 44.

[5]) Exceptio какъ и actio quod metus causa суть in rem scriptae, l. 4 § 33 D. de dcli exc. 44. 4, l. 9 § 1. 8. l. 10 pr. l. 14 § 3. 5. D. h. t. Вангеровъ III § 605 прим. 2 въ к., Экснеръ Tradition стр. 255 и сл. прим. 5. О распространеніи возвращенія въ прежнее состояніе на третьихъ лицъ см. § 120 прим. 4.

[6]) L. 3 § 1—l. 9 pr. l. 22. 23 § 1. 2 D. h. t., l. 13 C. de transact. 2. 4, l. 4. 7. 8. 10 C. h. t. Источники требуютъ „timorem maioris malitatis“ и спеціально называютъ достаточнымъ угрозу жизни, тѣлу и свободѣ, тогда какъ угрозу доброму имени и угрозу процессомъ (Зейф. Arch. XVIII. 112, VIII 27, XX. 219, XXII. 216) считаютъ недостаточнымъ. Остановиться на указанныхъ въ источникахъ случаяхъ, какъ этого желаетъ Савиньи III стр. 105—107, или же только, какъ это дѣляетъ Шлиманъ стр. 15—22, извлекать изъ нихъ тотъ принципъ, что при всѣхъ обстоятельствахъ требуется угроза лицу, рѣшить это при неопредѣленности употребленныхъ источниками выраженій довольно затруднительно. Съ этимъ согласенъ Арндтсъ § 61 прим. 4; а также Kramer стр. 167 и сл., выставляющій какъ положительное требованіе: неизгладимость (Unwiderherstellbarkeit) зла. Ср. Зейф. Arch. VIII. 27. Угроза со стороны подвластныхъ: l. 8 § 3 D. h. t. Шлиманъ стр. 20, Kramer стр. 187 и сл. Далѣе источники требуютъ „metum non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat“. (l. 6 D. h. t.), при чемъ не слѣдуетъ придавать важность превосходной степени. Шлиманъ стр. 26—28.

[7]) Въ принужденіи всегда заключается сознательное правонарушеніе, а слѣдовательно, изъ него всегда возникаетъ actio и exceptio doli. Далѣе дается condictio ob turpem causam, а при угрозѣ процессомъ edictum de calumniatoribus (Dig. 3. 6).

*) Вехтеръ II § 90,

отказано въ юридическомъ признаніи и на основаніи самаго содержанія выраженной въ немъ воли. Но относящіяся сюда опредѣленія по большей части суть совершенно спеціальнаго свойства и потому выходятъ изъ предѣловъ предстоящаго изложенія [1]); общее же значеніе имѣютъ слѣдующія опредѣленія:

1) Ничтожны изъявленія воли, направленныя на что-либо невозможное [2]).

2) Ничтожны и тѣ изъявленія воли, кои противорѣчатъ юридическимъ или нравственнымъ законамъ [3]).

3) Далѣе ничтожны тѣ изъявленія, въ которыхъ содержится распоряженіе, коего распоряжающійся не въ правѣ дѣлать. Во-первыхъ, никто не можетъ простирать свои распоряженія на юридическую сферу другаго [4]), развѣ на такое распоряженіе этотъ другой дастъ свое согласіе [5]), или же право такого распоряженія опирается на иномъ

---

[1]) Такъ, напримѣръ, постановленіе о запрещеніи дареній между супругами, о § 81.
запрещеніи обѣщать всякіе проценты и т. д.

[2]) L. 1 § 9—11 D. de O. et A. 44. 7, l. 35 pr. l. 97 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 31. 185 D. de R. I. 50. 17.

[3]) § 36 i. f.. I. de leg. 2. 20, l. 112 § 3 D. de leg. I° 30, l. 26. 27 pr. l. 35 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 4 C. de inut. stip. 8. 39. Ср. изъ Зейферта Arch. рѣшеніе, цитированное въ II § 314 прим. 4.

[4]) Никто не въ правѣ отчуждать вещь другаго, никто не въ правѣ своимъ обѣщаніемъ дѣлать другаго должникомъ и т. д.

[5]) L. 20 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 38 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 § 2 D. de don. 39. 5, l. 9 § 4 D. de A. R. D. 41. 1, l. 2. 5 9. de reb. al. 4. 51, l. 4 C. de usuc. pro emt. 7. 26. Ср. l. 165 D. de R. I. 50. 17. Лицо, дозволяющее распоряжаться въ своей юридической сферѣ, юридически усвоиваетъ себѣ чужое изъявленіе воли такъ, какъ бы оно было его собственное; но не подлежитъ сомнѣнію, что фактически изъявленіе это все-таки не перестанетъ быть чужимъ. Вотъ почему Игерингъ (Jahrb. f. Dogm. I стр. 307. ср. II стр. 125—128), по крайней мѣрѣ въ словахъ, зашелъ ужъ слишкомъ далеко, утверждая, что распоряжающійся „не принимаетъ ни малѣйшаго участія въ юридическомъ актѣ какъ таковомъ“. Какъ бы то ни было корпусъ сдѣлки проистекаетъ изъ личности распоряжающагося, и притомъ не только изъявленіе воли, но и самая воля; вотъ почему хотя въ l. 22 D. de manum. vind. 40. 2 и говорится о господинѣ, соглашающемся на отпущеніе своего раба на волю, что онъ „ipse manumittit“, но въ l. 30 § 1 D. qui et a quib. 40. 9 сказано: „non manumisi, sed pro eo habendus sum, ac si manumisissem“ (ср. l. 9 § 2 D. de den. 39. 5). Здѣсь имѣетъ мѣсто тоже самое, что и въ томъ случаѣ, когда кто-либо съ согласія другаго изъявляетъ волю отъ имени этого послѣдняго (§ 73), съ тѣмъ лишь различіемъ, что распоряжающійся дѣйствуетъ здѣсь отъ собствен-

какомъ-либо законномъ основаніи [6]). Указанное согласіе можетъ быть дано и въ послѣдствіи [7]), въ каковомъ случаѣ, подобно тому, какъ и при признаніи сдѣланнаго отъ нашего имени изъявленія воли (§ 74), говорятъ о соизволеніи (Genehmigung) [8]); подробнѣе объ этомъ будетъ изложено въ § 83. Во-вторыхъ, можетъ встрѣтиться, что данное лицо ограничено въ правѣ распоряженіи и относительно собственной юридической сферы. Изъ относящихся сюда правилъ можно указать на то общее положеніе, что лица, состоящія подъ опекою, не могутъ ничего отчуждать изъ своего имущества [9]).

С. Недѣйствительность юридическихъ актовъ *)

1. Понятіе и виды.

§. 82.

Понятіе о недѣйствительности въ общихъ чертахъ дано было уже выше. Недѣйствителенъ тотъ юридическій актъ, за которымъ,

---

наго имени, а не въ качествѣ представителя. Можно ли взять назадъ разъ данное согласіе? Это прежде всего зависитъ отъ того, хотѣлъ ли соглашающійся связать себя. Но еслибы даже онъ и хотѣлъ связать себя, все-таки общее правило то, что онъ только въ правѣ отнять предоставленную власть, фактически же это возможно подъ условіемъ вознагражденія убытковъ. Впрочемъ, случается иногда, что предоставленная власть принимаетъ видъ самостоятельнаго права, такъ, напримѣръ, при закладѣ, при (римской) уступкѣ (cessio). Особенности этихъ случаевъ Игерингъ Jahrb. f. Dogm. II стр. 131. 132. 133 возводитъ въ общее правило для нынѣшняго права.

[6]) Сюда въ особенности относится случай закладнаго права, не только законнаго и судебнаго, но и договорнаго, такъ какъ въ послѣднемъ продолженіе согласія безразлично.

[7]) L. 20 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 16 § 1 D. de pign. 20. 1, l. 38 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de R. V. 3. 32, l. 4 C. de reb. al. 4. 51.

[8]) Подъ ratihabitio въ источникахъ разумѣется преимущественно, но не исключительно, позднѣйшее согласіе, ср. напр. l. 44 § 1 D. de usurp. 41. 3, l. 4 C. de usuc. pro emt. 7. 26. Равнымъ образомъ словомъ consentire означается не исключительно предшествующее согласіе, ср. напр. l. 3 C. de R. V. 3. 32.

[9]) Лишеніе способности отчуждать содержитъ въ себѣ ограниченіе дѣеспособности, въ каковомъ смыслѣ объ этомъ предметѣ было уже говорено въ ученіи о дѣеспособности (§ 71). Неспособность распоряжаться, какъ особенное качество лица, противополагать отсутствію дѣеспособности, нѣтъ никакого повода.

*) Савиньи IV § 202. 203, Вехтеръ II § 86, Синтенисъ I § 24, Унгеръ II § 91. 92

вслѣдствіе того, что онъ не удовлетворяетъ требованіямъ закона, право не признаетъ юридическаго дѣйствія, т. е., не присвоиваетъ ему силы производить преднамѣренныя юридическія послѣдствія. Стало быть понятіе недѣйствительности тѣснѣе понятія безсилія (Unwirksamkeit); юридическій актъ можетъ быть безсиленъ независимо отъ юридическихъ недостатковъ, парализующихъ его дѣйствіе [1]).

Въ понятіи недѣйствительности есть нѣкоторыя различія:

1) Наиболѣе важное изъ нихъ — это различіе между ничтожностью и оспариваемостью, разсмотрѣнное выше—также въ общихъ чертахъ. А именно, или юридическій актъ недѣйствителенъ въ томъ смыслѣ, что онъ совершенно не производитъ того дѣйствія, которое имѣлось въ виду при его совершеніи, точно такъ же какъ еслибы онъ вовсе не былъ совершенъ, такъ что по отношенію къ праву онъ считается несуществующимъ; такой актъ называется ничтожнымъ [2]). Или же актъ недѣйствителенъ въ томъ смыслѣ,

---

[1]) Такъ, если отпало присоединенное къ акту условіе. Юридическій актъ въ этомъ случаѣ удовлетворяетъ всѣмъ законнымъ требованіямъ; но онъ не имѣетъ силы не потому, чтобъ онъ не могъ дѣйствовать, а потому, что не хочетъ дѣйствовать. Тоже слѣдуетъ сказать о томъ случаѣ, когда не послѣдуетъ согласія, на которое расчитывалъ заключившій сдѣлку отъ имени другаго (§ 74).—Хотя нельзя отрицать, что по буквальному смыслу само по себѣ недѣйствительнымъ можно назвать и то изъявленіе воли, которое не дѣйствуетъ, потому что не хочетъ дѣйствовать; и про него можно сказать, что съ точки зрѣнія права оно недѣйствительно. Но въ названіяхъ необходимо дѣлать различіе, и никто не станетъ спорить противъ того, что въ практикѣ недѣйствительнымъ называютъ преимущественно то, что не признается, хотя и могло бы быть признано.— Какъ бы то ни было подъ понятіе недѣйствительности не слѣдуетъ подводить тѣ случаи, въ которыхъ основаніе безсилія юридическаго акта заключается не въ немъ самомъ, а въ фактѣ, поражающемъ дѣйствіе его, не касаясь самаго акта, напримѣръ, въ наступившей давности. Савиньи (IV стр. 542) доходитъ даже до того, что подводитъ подъ понятіе недѣйствительности случай исполненія обязательства.—Впрочемъ, понятіе безсилія (Unwirksamkeit) въ обширномъ смыслѣ можетъ перейдти въ недѣйствительность (Ungültigkeit), что бываетъ при предположеніи въ смыслѣ modus (§ 97 прим. 5). § 82.

[2]) Соотвѣтствующія римскія выраженія: negotium nullum, negotium nullius momenti въ источникахъ не разграничиваются съ такою строгостью отъ спорности юридическаго акта, съ какою мы разграничиваемъ отъ нея выраженіе ничтожность, ср. напр. l. 16 § 1 D. de minor. 4. 4, l. 3 § 3 D. pro socio 17. 2, l. 22 D. quae in fraud. cred. 42. 8, подобно тому какъ выраженіе rescindere употребляется также и относительно ничтожной сдѣлки, напр. l. 7 § 16 D. de pactis 2. 14, l. 64 § 1 D. de cond. 35. 1, Ulp. § 1. 2.

что хотя непосредственно онъ и производитъ то дѣйствіе, ради котораго былъ совершенъ, но это дѣйствіе оказывается непригоднымъ для того, чтобы вызвать то фактическое состояніе, на которое актъ былъ разсчитанъ. Это въ свою очередь можно представить себѣ двоякимъ образомъ. Либо такъ, что юридическое дѣйствіе (Wirkung), непосредственно вытекающее изъ юридическаго акта, не имѣетъ силы само по себѣ, либо такъ, что можетъ быть лишь потребовано уничтоженіе его. Первое бываетъ въ томъ случаѣ, когда возникающее изъ юридическаго акта притязаніе связано возраженіемъ, такъ что противъ воли того лица, къ коему оно можетъ быть предъявлено, оно не можетъ быть осуществлено [3]). Во второмъ случаѣ имѣетъ мѣсто еще то различіе, что дѣйствіе акта можетъ быть уничтожено либо судьею [4]), либо дѣятельностью того лица, въ пользу коего должно наступить или уже дѣйствительно наступило юридическое дѣйствіе акта [5]); мыслимо также, что это уничтоженіе можетъ быть произведено путемъ простаго завленія того лица, которое находитъ для себя обременительнымъ наступившее дѣйствіе акта [5a]). Слѣдовательно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда юридическій актъ не ничтоженъ, требуется для устраненія его дѣйствія извѣстная реакція, тогда какъ при ничтожномъ юридическомъ актѣ такая реакція не только не нужна, но даже и не мыслима [6]). Сверхъ того, эта реакція должна исходить отъ

---

[3]) Примѣры: exceptio quod metus causa, doli, SCi Macedoniani, SCi Velleiani.

[4]) Примѣры: in integrum restitutio, bonorum possessio contra tabulas, querela inofficiosi testamenti.

[5]) Примѣры: actio doli, actio quod metus causa. — Слѣдуетъ замѣтить, что здѣсь говорится: отмѣна юридическаго дѣйствія, а не опороченіе (Anfechtung), должна быть возбуждена тѣмъ, въ пользу коего дѣйствіе акта наступило.

[5a]) Ср. III § 591 прим. 13.

[6]) Вотъ почему искъ о ничтожности имѣетъ лишь значеніе преюдиціальнаго иска, то-есть, иска объ объявленіи (Declaration) ничтожности. Ср. Зейф. Arch. XVII. 208; VI. 319. 320, XV. 144. Въ противность этому, по распространенному въ прежнее время воззрѣнію, въ важныхъ случаяхъ (ср. Унгера § 91 прим. 29. 30) наличность ничтожности ставилась въ зависимость отъ осуществленія т. н. querela nullitatis, и согласно съ этимъ выставлялось правило, что давностью этого иска устраняется ничтожность. Безспорную силу пріобрѣло это воззрѣніе въ судопроизводствѣ и брачномъ правѣ. Ср. еще Зейф. Arch. VI стр. 455—458. (Означенной въ этомъ мѣстѣ потребности удовлетворяло римское соп-

опредѣленныхъ лицъ, тогда какъ на ничтожность можетъ ссылаться всякій. На этомъ-то послѣднемъ основаніи недѣйствительность, которая не есть ничтожность, называютъ также относительною недѣйствительностью (а саму ничтожность абсолютною недѣйствительностью). Но нынѣ болѣе принято означать ее вышеприведеннымъ словомъ оспариваемость (Anfechtbarkeit) [7]).

2) Далѣе, недѣйствительность можетъ быть рѣшительная или нерѣшительная. Право или напередъ отказываетъ юридическому акту въ своемъ признаніи, что случается всего чаще, или пока еще выжидаетъ, будетъ ли онъ или не будетъ заслуживать этого признанія, и свое рѣшеніе ставитъ въ зависимость отъ наступленія или ненаступленія будущаго неизвѣстнаго обстоятельства. Этимъ обстоятельствомъ можетъ быть также изъявленіе воли лица, заинтересованнаго въ актѣ; смотря по желанію этого лица, юридическій актъ будетъ дѣйствительнымъ или недѣйствительнымъ и притомъ съ самаго начала. Недѣйствительность, наступающая вслѣдствіе такого изъявленія воли, можетъ быть сама по себѣ либо

---

dictio possessionis. Въ судебномъ рѣшеніи XVIII. 113 дается actio in factum, чѣмъ на самомъ дѣлѣ ничего не объясняется.)

[7]) Благодаря Савиньи, это выраженіе принято почти всѣми, хотя оно не совсѣмъ удачно, такъ какъ оно плохо обозначаетъ тотъ случай, когда противъ возникшаго изъ юридической сдѣлки притязанія дается лишь возраженіе. Встрѣчается воззрѣніе, будто оспариваемость сама не составляетъ недѣйствительности, но открываетъ лишь возможность сдѣлать актъ недѣйствительнымъ, такъ что послѣдній становится недѣйствительнымъ не прежде открытія спора. Всего опредѣленнѣе воззрѣніе это высказано Вехтеромъ (II стр. 653 прим. 3. 656. 657); ср. также Синтениса I стр. 211. 218 и ниже прим. 9 въ к. Если вышеуказанное понятіе недѣйствительности вѣрно, то это воззрѣніе невѣрно. Сила оспариваемой юридической сдѣлки столь же парализуется именно тѣмъ, что она оспаривается, какъ и сила ничтожной юридической сдѣлки; различіе здѣсь въ родѣ и способѣ, и если угодно, въ степени противодѣйствія; но различіе это нисколько не измѣняетъ сущности понятія. Вехтеръ (II стр. 656, ср. Унгера II стр. 161) очевидно подъ вліяніемъ этого воззрѣнія утверждаетъ, что хотя вслѣдствіе оспариваемости юридической сдѣлки дѣйствіе этой послѣдней и можетъ быть прекращено, но лишь на будущее, а никакъ не за прошедшее время. Если же исходить изъ того, что сама оспариваемость есть уже недѣйствительность, прекращеніе же есть не основаніе, а слѣдствіе и выраженіе недѣйствительности, то совершенно наоборотъ получится то правило, что прекращеніе вліяетъ и на прошедшее время, а тѣ случаи, въ коихъ положительное право прямо не приписываетъ прекращенію такого дѣйствія, должно будетъ считать уклоненіями отъ этого принципа.

оспариваемостью, либо ничтожностью; обыкновенно подразумѣвается лишь послѣдній случай [8]). Онъ отличается отъ (рѣшительной) оспариваемости тѣмъ, что при немъ отъ воли даннаго лица зависитъ, можетъ ли идти рѣчь о какомъ бы то ни было дѣйствіи юридическаго акта, тогда какъ при спорности отъ воли даннаго лица зависитъ, можетъ ли несомнѣнное дѣйствіе, непосредственно производимое актомъ, получить фактическое осуществленіе, или нѣтъ [9])?

3) Недѣйствительность можетъ быть первоначальная или позднѣйшая; обстоятельство, лишающее данное изъявленіе воли силы,

---

[8]) Насколько ничтожность зависитъ въ этомъ случаѣ отъ воли извѣстнаго лица, ее можно назвать относительною ничтожностью, причемъ рѣшительная ничтожность представляется безусловною. Шмидтъ Pflichttheilsrecht des Patronus и т. д. стр. 123 прим. 82.—Противъ т. н. относительной ничтожности очень горячо возсталъ Брандисъ въ одной основательной статьѣ (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 45 [1834]), и эта оппозиція нашла у многихъ сочувствіе, ср. напр. Вангерова I стр. 397. 518. 630. II § 485 прим. въ к., Синтениса I § 24 прим. 17, Бекинга I § 119 d. e. Если подъ относительною ничтожностью разумѣть, какъ обыкновенно и дѣлается, такую ничтожность, которая для одного существуетъ, а для другаго нѣтъ, то, конечно, такое понятіе будетъ извращеннымъ въ самомъ себѣ; если же разумѣть подъ нею именно то, что указано въ текстѣ, то понятіе ся не представляетъ никакого затрудненія. Какъ бы то ни было, это понятіе неизбѣжно для нынѣшняго католическаго брачнаго права. Но дѣйствительно ли подходятъ подъ понятіе относительной ничтожности всѣ тѣ случаи, которые обыкновенно причисляютъ къ ней, это другой вопросъ; что касается именно т. н. относительной ничтожности двусторонникъ договоровъ, см. II. § 321 прим. 22—24.— Вехтеръ (II стр. 669) считаетъ нерѣшительную ничтожность недѣйствительностью, которая вслѣдствіе изъявленія одной стороны становится ничтожностью, то-есть, безсиліемъ съ самаго начала. По нашему это было бы оспариваемостью, такъ какъ мы не допускаемъ, чтобы, какъ утверждаетъ Вехтеръ, изъ самаго понятія оспариваемости слѣдовало, будто оспариваемая сдѣлка безсильна лишь на будущее время (прим. 7). Въ другихъ случаяхъ, обыкновенно называемыхъ случаями относительной ничтожности, Вехтеръ (стр. 667) принимаетъ такую ничтожность, которая чрезъ изъявленіе стороны можетъ обратиться въ дѣйствительность, каковъ, напр., случай, когда малолѣтній заключилъ двусторонній договоръ безъ содѣйствія опекуна. Такъ смотритъ и Унгеръ II стр. 149, но Шлиманъ Lehre vom Zwange стр. 137. 138 правильно замѣчаетъ, что до рѣшенія нѣтъ ни дѣйствительности, ни ничтожности.

[9]) Конечно, различіе это лишено практическаго значенія въ томъ случаѣ, когда оспариваніе предполагаетъ только изъявленіе даннаго лица. — Савиньи (IV стр. 539) самую оспариваемость причисляетъ къ нерѣшительной недѣйствительности. Это происходитъ отъ смѣшиванія, указаннаго въ примѣчаніи 7 (ср. IV стр. 560.).

можетъ наступить или въ одно время съ этимъ изъявленіемъ, или послѣ него [10]). Не слѣдуетъ, однако, думать, будто всякое обстоятельство, которое, существуя въ одно время съ изъявленіемъ воли, сдѣлало бы послѣднее недѣйствительнымъ, въ состояніи сдѣлать его недѣйствительнымъ и при своемъ позднѣйшемъ наступленіи [11]).

4) Недѣйствительность относится либо ко всему объему содержащейся въ юридическомъ актѣ волѣ, либо къ одной только части его [12]).

---

[10]) Послѣдующею недѣйствительностью страдаетъ, напримѣръ, то изъявленіе воли, которое взято назадъ дозволеннымъ способомъ, какъ-то: завѣщаніе послѣ рожденія не принятаго въ соображеніе необходимаго наслѣдника, отчужденіе вещи послѣ наступленія условія, вслѣдствіе котораго у отчуждающаго отнимается собственность. Но осуществленіемъ оспариваемости не можетъ быть обусловлена послѣдующая недѣйствительность (прим. 7). Равнымъ образомъ послѣдующей недѣйствительности нѣтъ и тогда, когда недѣйствительность, бывшая доселѣ нерѣшительною, превращается въ рѣшительную; ибо въ этомъ случаѣ не вновь установляется порочность юридической сдѣлки, но лишь утверждается, что порочность существовала съ самаго начала сдѣлки.

[11]) Эта ложная абстракція несомнѣнно встрѣчается въ источникахъ. L. 3 § 2 D. de his quae pro non scriptis 34. 8:—„quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur“. Точно также l. 16 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 98 pr. i. f. D. de V. O. 45. 1. Напротивъ l. 85 § 1 D. de R. I. 50. 17. „Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non posuerunt“. Также l. 140 § 2 D. de V. O. 45. 1. Такъ, изъявленіе воли становится недѣйствительнымъ не оттого, что совершитель его впослѣдствіи сошелъ съ ума, а дареніе не оттого, что даритель и одаренная впослѣдствіи сочетались бракомъ. Еслибъ возникъ вопросъ о томъ, какую здѣсь провести границу, то для обозначенія ея не слѣдуетъ говорить, что недѣйствительность наступаетъ при отпаденіи такого условія, которое требуется не только для возникновенія, но и для дальнѣйшаго существованія юридической сдѣлки (Унгеръ стр. 144, по Вехтеру стр. 669). Ибо это будетъ тотъ же вопросъ, но выраженный иначе; для существованія юридической сдѣлки требуются именно тѣ обстоятельства, безъ которыхъ она недѣйствительна. Стало быть, остается только указывать въ отдѣльности, какія основанія недѣйствительности принадлежатъ къ тому или другому разряду. Попытки къ тому у Бекинга § 119. i, Унгера стр. 144.

[12]) Такъ, не явленное большое дареніе дѣйствительно до явочной суммы (Insinuations-Summe), недѣйствительно, если оно превышаетъ эту сумму.—Недѣйствительность, относящаяся къ части сдѣлки, ведетъ къ недѣйствительности всей сдѣлки въ томъ случаѣ, когда безъ недѣйствительной части юридически не можетъ существовать, или по намѣренію автора сдѣлки, не должна существовать и другая часть. Такъ недѣйствителенъ договоръ о процентахъ, когда недѣйстви-

5) Недѣйствительность можетъ имѣть право либо по отношенію къ праву вообще, либо по отношенію къ тому правилу, которое имѣлъ въ виду совершитель акта. Актъ не удовлетворяетъ требованіямъ этого единичнаго правила; но за то онъ удовлетворяетъ требованіямъ другаго правила, изъ котораго вытекаютъ тѣ же юридическія послѣдствія [13]). Такъ какъ въ силу этого послѣдняго правила актъ сохраняетъ свою силу, то соблюдается предполагаемая воля его виновника [14]). Обыкновенно въ этомъ случаѣ говорятъ о „превращеніи“ (conversio) юридическаго акта [15]).

ленъ договоръ о капиталѣ. „Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent“, l. 129 § 1 D. de R. I. 50. 17, ср. l. 178 eod. Въ противномъ случаѣ говорится: „utile non debet per inutile vitiari“, c. 37 de R. I in VI° 5. 13, l. 1 § 5 D. de V. O. 45. 1.

[13]) Примѣры: солдатъ хочетъ завѣщать по общему праву, но не выполняетъ его требованій; его завѣщаніе все-таки дѣйствительно въ силу особаго права солдатъ (l. 3 D. de test. mil. 29. 1). Договоръ объ освобожденіи отъ долга, недѣйствительный по праву acceptilatio, можетъ быть дѣйствителенъ по праву pactum de non petendo (l. 5 pr. D. de resc. vend. 18. 5, l. 8 pr. l. 19 pr. l. 23 D. de accept. 46. 4). Недѣйствительный вексель можетъ быть дѣйствителенъ какъ долговая росписка.

[14]) „Neque enim, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudica“, l. 3 D. de test. milit. cit. Наши источники безъ затрудненій допускаютъ вѣроятность, что авторъ юридической сдѣлки даже и тамъ желалъ ея дѣйствія не исключительно на основаніи ближайшимъ образомъ имѣвшагося въ виду правоположенія, гдѣ дѣйствіе, которое сдѣлка имѣла бы на основаніи этого правоположенія, согласуется въ существѣ, а не во всѣхъ свойствахъ, съ дѣйствіемъ, возникающимъ изъ дѣйствительно соотвѣтствующаго сдѣлкѣ правоположенія, такъ напр. при acceptilatio и pactum de non petendo. Когда же наоборотъ, дѣйствительно подходящее правоположеніе порождаетъ дѣйствіе совершенно иного рода, чѣмъ имѣвшееся въ виду правоположеніе, хотябы это дѣйствіе имѣло тоже самое направленіе, то безъ прямаго изъявленія автора юридической сдѣлки нельзя принять, что желательно было и это иного рода дѣйствіе. Отсюда объясняются рѣшенія въ l. 1 § 4 D. de rec. const. 13. 5, l. 9 D. de spons. 23. 1, l. 1 D. de iure cod. 29. 7. Впрочемъ, очевидно, что здѣсь нѣтъ рѣзкой грани и поэтому въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ многое должно быть предоставлено толкованію. Унгеръ (Inhaberpapiere стр. 92. 93) впадаетъ въ преувеличеніе, примѣняя на основаніи l. 47 D. de O. A. A. 44. 7 презумцію нераспространяемости при всѣхъ обязательственныхъ актахъ. L. 1 § 2 D. de V. O. 45. 1 относится сюда лишь въ томъ предположеніи, что по римскому праву чрезъ nudum pactum возникало naturalis obligatio, о чемъ слѣдуетъ сравнить II § 289 прим. 1.

[15]) Это выраженіе выбрано неудачно. Юридическая сдѣлка не потому сохра-

2. Исправленіе недѣйствительности.

§. 83.

Можетъ ли недѣйствительный актъ стать въ послѣдствіи дѣйствительнымъ? Можетъ ли быть исправлена (исцѣлена) недѣйствительность юридическаго акта [1])? Обстоятельства, которыя должны быть принимаемы въ соображеніе, суть слѣдующія:

1) Отпаденіе основанія недѣйствительности, слѣдовательно, уничтоженіе или появленіе такого факта, наличность или отсутствіе коего было поводомъ недѣйствительности. Исходить слѣдуетъ изъ того начала, что этимъ путемъ недѣйствительность не будетъ исправлена; можетъ быть, конечно, сдѣлано вновь такое изъявленіе воли, которое пользуется юридическимъ признаніемъ, тѣмъ не менѣе несомнѣнно также, что прежнее изъявленіе воли не получило юридическаго признанія [2]). Лишь въ случаяхъ исключительныхъ право довольствуется позднѣйшимъ наступленіемъ условій, требуемыхъ для дѣйствительности акта. Таковъ, по крайней мѣрѣ обыкновенно [3]), тотъ случай, когда для дѣйствительности юридическаго акта требуется согласіе третьяго лица; здѣсь недѣйствительность акта можетъ быть исправлена послѣдующимъ изъявленіемъ этого согласія, соизволеніемъ [4]) этого третьяго лица [5]). Это

няетъ силу, что она становится иною, но сохраняетъ силу какъ-то, что она есть здѣсь только выдвигается та ея сторона, которая не была очевидна. — Особое изслѣдованіе объ этомъ ученіи написано Ремеромъ (Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 4 [1853]); ср. также Унгера Inhaberpapiere стр. 90—94.

[1]) Обыкновенно говорятъ объ исцѣленіи (Convalescenz) юридическихъ сдѣлокъ, хотя слово convalescere ни само по себѣ не ограничивается тѣмъ случаемъ, когда юридическая сдѣлка пріобрѣтаетъ силу, становясь дѣйствительною, ни источники не ограничиваютъ его этимъ случаемъ. Въ l. 9 § 3 D. qui pot. 20 4 оно употребляется даже относительно послѣдующаго закладнаго права, получающаго полную силу вслѣдствіе отпаденія предыдущаго закладнаго права. § 83.

[2]) L. 29 D. de R. I. 50. 17. „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere“. Ср. l. 201 eod., l. 1 pr. D. de reg. Cat. 34. 7; l. 26 D de stip. serv. 45. 3.

[3]) Исключеніе имѣетъ мѣсто, напр., при auctoritas tutoris (§ 71 прим. 7). См. далѣе l. 65 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1, pr. I. de nupt. 1. 10 (тоже конечно l. 12 pr. D. his qui not. 3. 2).

[4]) Это одно изъ дальнѣйшихъ примѣненій понятія согласія (ratihabitio), на которое указано было въ § 74 прим. 3. Литературныя указанія см. тамъ же Л. Зейфертъ Ratihabition der Rechtsgeschäfte стр. 95—116.

[5]) Важнѣйшій изъ относящихся сюда случаевъ есть тотъ, когда кто либо

соизволеніе тоже имѣетъ обратное дѣйствіе, однако оно не вредитъ возникшимъ въ промежуточное время правамъ третьихъ лицъ [6]). Далѣе, сюда же, по крайней мѣрѣ, въ извѣстномъ смыслѣ, относится случай, когда отчуждающій не обладаетъ уполномочивающимъ на отчужденіе правомъ собственности или распоряженія, но пріобрѣтаетъ его въ послѣдствіи [7]).

2) Подтвержденіе (Bestätigung). Подтвержденіемъ называется объявленіе совершителя акта, что актъ долженъ считаться дѣйствительнымъ [8]). Само собою разумѣется, что подтвержденіе, чтобы

одобряетъ распоряженіе, совершенное въ его юридической сферѣ другимъ (§ 81 прим. 7) Другіе случаи суть: попечитель одобряетъ сдѣланное несовершеннолѣтнимъ отчужденіе, отецъ одобряетъ заемъ, данный подвластному ему сыну (l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28), вѣритель платежъ другому, сдѣланный для погашенія долга (l. 12 § 4 D. de sol. 46. 3). — Не совсѣмъ на одной линіи съ одобреніемъ стоитъ тотъ случай, когда для юридической сдѣлки требуется соучастіе нѣсколькихъ лицъ въ томъ смыслѣ, чтобы каждый дѣйствовалъ самостоятельно, какъ напр. при установленіи какого-нибудь сервитута на состоящемъ въ общей собственности участкѣ земли, или въ пользу такого участка. Но и въ этомъ случаѣ признается, что нѣтъ надобности въ одновременномъ изъявленіи воли нѣсколькихъ собственниковъ, конечно, съ извѣстнымъ ограниченіемъ и не сообщая послѣднему изъ изъявленій воли обратную силу. См. l. ult. D. comm. praed. 8. 4 и § 212 прим. 3. 8. L. 8 § 2 D. de opt. leg. 33. 5.

[6]) Здѣсь можетъ быть примѣнено тоже, что было сказано выше (§ 74 прим. 6) относительно согласія на сдѣлку, заключенную отъ нашего имени третьимъ лицомъ, а именно, что хотя согласію самому по себѣ и можетъ быть сообщено обратное дѣйствіе лишь въ томъ смыслѣ, что соглашающійся обязуется дѣйствовать такъ, какъ будто юридическое дѣйствіе сдѣлки наступило уже въ то время, но что l. 25 C. de don. i. v. e. u. 5. 16 заставляетъ идти дальше и приписать согласію обратное дѣйствіе безусловно (см. прим. 10), причемъ только само собою разумѣется присовокупленное въ текстѣ ограниченіе. За обратное дѣйствіе говорятъ также l. 56. D. de iud. 5. 1 и l. 16 § 1 D. de pign. 20. 1, хотя эти мѣста не содержатъ въ себѣ неопровержимаго доказательства, далѣе l. 71 § 1. 2 D. de sol. 46. 3, каковому мѣсту, конечно, прямо противорѣчитъ l. 25 § 1 D. ratam rem. 46. 8 (ср. Фейна Arch. f. civ. Pr. XXVI стр. 179—181); противорѣчитъ также l. 5 pr. D. quis ordo 38. 15. Но на разногласіе римскихъ юристовъ относительно дѣйствія согласія указываетъ и Юстиніанъ въ цитированномъ мѣстѣ кодекса.

[7]) Подробнѣе объ этомъ ниже въ § 172 прим. 5—8, § 172a прим. 3. Ср. пока l. 56 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 42 D. de usurp. 41. 3.

[8]) Обыкновенно подтвержденіе обозначается какъ согласіе, что дѣлаютъ и источники, говорящіе обыкновенно о ratihabitio, а не о confirmatio (Такимъ образомъ выраженіе согласія (Genehmigung, ratihabitio) получаетъ еще новый смыслъ

имѣть силу, должно съ своей стороны удовлетворять условіямъ дѣйствительности, и при томъ не должно страдать тѣмъ же недостаткомъ, какимъ страдаетъ подтверждаемое изъявленіе воли. Что же касается силы самого подтвержденія, то слѣдуетъ различать спорные акты отъ ничтожныхъ. При спорномъ юридическомъ актѣ подтвержденіе имѣетъ значеніе отказа отъ права оспариванія и такимъ образомъ доставляетъ возможность свободнаго развитія тому дѣйствію акта, которое существовало уже съ самаго начала [9]). Что касается подтвержденія ничтожнаго юридическаго акта, то слѣдовало бы собственно сказать, что оно въ качествѣ подтвержденія вообще не можетъ оказать никакого дѣйствія, такъ какъ совершенно не существующему нельзя и придавать силу, а что оно можетъ считаться за совершеніе новаго акта того же содержанія. Тѣмъ не менѣе римское право уклонилось отъ этого начала и прямо признало подтвержденіе ничтожнаго акта именно подтвержденіемъ. Оно даже сообщаетъ ему обратное дѣйствіе. Впрочемъ, это послѣднее положеніе обставлено существенными ограниченіями: оно не имѣетъ силы, когда совершенный прежде юридическій актъ былъ недѣйствителенъ вслѣдствіе формальнаго недостатка или со стороны общественнаго интереса; онъ не имѣетъ силы также и противъ правъ третьихъ лицъ, — правъ, пріобрѣтенныхъ ими въ промежуточное время [10]).

(ср. прим. 4 и § 74 прим. 3) При слишкомъ большомъ разнообразіи значеній, которое оно и безъ того имѣетъ, гораздо лучше отличать его отъ подтвержденія. Л. Зейфертъ Ratihabition der Rechtsgeschäfte стр. 117—159.

[9]) Примѣры въ l. 3 § 1 D. de min. 4. 4, l. 4 C. de his quae vi 2. 20.

[10]) По господствующему нынѣ мнѣнію (литературныя указанія въ § 74 прим. 3), подтвержденіе ничтожнаго юридическаго акта должно быть разсматриваемо только какъ совершеніе новаго акта, и потому не должно имѣть обратной силы. Этого, повторяю, конечно требуетъ юридическая послѣдовательность; слѣдовало бы только прибавить, что соглашающійся во всякомъ случаѣ связанъ обязательствомъ по отношенію къ другимъ такъ, какъ еслибы дѣйствіе заключенной теперь сдѣлки наступило уже прежде (§ 74 прим. 6). Но юридическая послѣдовательность, по моему мнѣнію, подавляется прямымъ предписаніемъ l. 25 C. de don. i. v. c. u. 5. 16, что повторено въ l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28 (c. 10. de R. I. in VI°. 5. 13), ср. также l. 3 C. si maior factus 5. 74, Nov. 162 c. 1 (не глоссированной). Господствующее мнѣніе слишкомъ легко обходитъ эти мѣста. Въ первомъ Юстиніанъ постановляетъ, что предсмертное подтвержденіе даренія между супругами или иного даренія, ничтожнаго вслѣдствіе неспособности одаря-

3) Истеченіе времени. Чрезъ истеченіе времени недѣйствительный юридическій актъ можетъ стать дѣйствительнымъ, если право возражать противъ его дѣйствительности ограничено опредѣленнымъ временемъ. Это возможно именно въ томъ случаѣ, когда недѣйствительность должна быть вызвана опороченіемъ акта; но тоже самое возможно и при ничтожныхъ юридическихъ актахъ [11]).

емаго, сообщаетъ даренію силу съ самаго его начала, если при совершеніи его соблюдена форма, въ противномъ случаѣ со времени подтвержденія. Затѣмъ онъ прибавляетъ: „sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt“. Самое меньшее, что можно вывести изъ этихъ словъ, это то, что Юстиніанъ считалъ каждое подтвержденіе ничѣмъ инымъ какъ подтвержденіемъ, а не заключеніемъ новой юридической сдѣлки, такъ что, напримѣръ, если при ничтожной сдѣлкѣ соблюдена была форма, то послѣднюю нѣтъ надобности снова соблюдать при подтвержденіи. Можно бы повидимому означенныя слова истолковать такъ, что они имѣютъ въ виду только это, и что, слѣдовательно, обратное дѣйствіе подтвержденія все-таки исключается. Въ пользу этого можно привести то, что самъ Юстиніанъ въ l. 7 pr. C. ad SC. Mac. 4. 28 очевиднымъ образомъ придаетъ своему постановленію только такой смыслъ: одобреніе, согласіе способно сообщить силу прежде совершенному дѣйствію, нельзя сказать, что согласіе безсильно, потому что оно дается на юридическое ничто. Но и это толкованіе вполнѣ разрушается, по моему мнѣнію, остальнымъ содержаніемъ l. 25 C. cit. Ибо общему правилу этого закона непосредственно предшествуетъ опредѣленіе, приписывающее подтвержденію силу не вообще, но со времени заключенія юридической сдѣлки, этимъ-то опредѣленіемъ и обобщается означенное правило. Какъ ни неудовлетворителенъ вытекающій отсюда результатъ, но его все-таки, по моему мнѣнію, нельзя устранить. Но неудовлетворителенъ онъ именно потому, что правило объ обратной силѣ подтвержденія въ свою очередь не можетъ быть принято безъ исключеній. Ибо даже помимо того, что обратнымъ дѣйствіемъ подтвержденія, какъ это разумѣется само собою, не могутъ быть устранены права третьихъ лицъ, возникшія для нихъ въ промежуточное время, изъ самого этого мѣста слѣдуетъ, что обратная сила исключается формальнымъ порокомъ первоначальной юридической сдѣлки. Равнымъ образомъ нельзя допустить, будто Юстиніанъ хотѣлъ постановить, что правоотношеніе должно имѣть обратное существованіе даже въ тѣхъ случаяхъ, когда право отказало ему въ своемъ признаніи въ интересахъ общественнаго порядка, какъ, напр. въ случаяхъ l. 4 § 6 D. de off. proc. 1. 16, l. 65 § 1 D. de R. N 23. 2. Ср. еще изъ прежняго права l. 10 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 4 D. pro don. 41. 6.

[11]) См. наприм. l. 3 C. si mai. factus 5. 74. Впрочемъ см. приведенный во 2 примѣчаніи l. 29 D. de R. I. 50. 17.

3. Вліяніе клятвеннаго подтвержденія на недѣйствительность актовъ *).

§. 83a.

Остается еще разрѣшить вопросъ, насколько можетъ само по себѣ недѣйствительное изъявленіе воли стать дѣйствительнымъ вслѣдствіе клятвеннаго подтвержденія [1]). Въ принципѣ на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣчать отрицательно [2]). Но есть два несомнѣнныя исключенія [3]): присяга дѣлаетъ дѣйствительными изъявленія воли достигшихъ половой зрѣлости несовершеннолѣтнихъ [4]) и согласіе жены на отчужденіе ея недвижимаго приданаго [5]). Однако гораздо далѣе идетъ весьма распространенное въ наукѣ и практикѣ воззрѣніе, по которому чрезъ присягу становятся дѣйствительными всѣ изъявленія воли, прямо не воспрещенныя закономъ [6]).

---

*) Глюкъ IV § 341. Тибо logische Auslegung § 61. Веберъ natürliche Verbindlichkeit § 118—123. Пфейферъ prakt. Ausführungen III: 9. Мюленбрухъ Forts. von Glück XXXVIII стр. 191 и сл. Варнкенигъ Arch. f. civ. Pr. XXV стр. 227—255. Вехтеръ II стр. 773, Синтенисъ II стр. 306 и прим. 1, Вангеровъ I § 170, Пухта § 253, Арндтсъ § 240 № 1 Келлеръ § 226, Савинью System VII стр. 49—53.

[1]) Сдѣланное тотчасъ при изъявленіи воли или послѣ него при продолженіи § 83a. основанія недѣйствительности.

[2]) L. 7 § 16. D. de pact. 2. 14, l. 5 § 1 C. de leg. I. 14.

[3]) Римское право допускало еще одно исключеніе при договорахъ, посредствомъ которыхъ вольноотпущенный обѣщалъ своему патрону услуги, l. 7 pr. D. § 1 D. de op. lib. 38. 1, ep. Gaii II. 9 § 5. Исключеніе, означенное въ l. 4 C. de rec. 2. 56, въ свою очередь отмѣнено въ Nov. 82 c. 11.

[4]) L. 1 C. si adv. vend. 2. 28. Глассаторы спорили о томъ, относится ли этотъ законъ только къ оспариваемымъ (подлежащимъ возстановленію) или также къ ничтожнымъ изъявленіямъ воли. Однимъ закономъ Фридриха II, помѣщеннымъ въ кодексѣ въ качествѣ Auth. Sacramenta puberum вслѣдъ за указаннымъ мѣстомъ, споръ этотъ разрѣшенъ въ пользу послѣдняго мнѣнія. Ср. Савинью Gesch. des röm. R. im Mittelalter IV стр. 162 и сл.

[5]) C. 28 X. de iurei. 2. 24, c. 2 eod. in VI° 2. 11. Хотя каноническое право для дѣйствительности отреченія отъ наслѣдства требовало еще клятвеннаго подтвержденія, (c. 2 in VI° de pact. 2. 18), но по нынѣшнему праву такое отреченіе дѣйствительно и само по себѣ.

[6]) Въ указанныхъ рѣшеніяхъ канонической права усматриваютъ выраженіе общаго принципа и въ подтвержденіе этого ссылаются на мотированіе ихъ (c. 28 cit.: „cum in alterius praeiudicium non redundent, nec observata vergant in praeiudicium salutis aeternae“, тоже c. 2 in VI° de pact. 2. 18; ср. также c. 8 X-

D. Дѣйствіе юридическихъ актовъ.

1. Вообще.

§ 84 *).

Дѣйствіе юридическихъ актовъ опредѣляется содержаніемъ выраженной въ нихъ воли. Выяснить это содержаніе составляетъ задачу толкованія.

Какъ тамъ, гдѣ необходимо установить смыслъ правоопредѣленій, такъ и здѣсь толкованіе должно отправляться отъ словеснаго смысла. Но при этомъ слѣдуетъ принимать въ соображеніе не только особенности мѣстнаго нарѣчія, на которомъ воля изъявлена, но и индивидуальный способъ выражаться, свойственный изъявляющему волю [1]).

Если словесный смыслъ вызываетъ недоразумѣнія, то слѣдуетъ отыскивать истинный смыслъ даннаго изъявленія воли, соображаясь частью съ остальнымъ несомнѣннымъ содержаніемъ его [2]), частью съ существомъ самой цѣли, главнымъ же образомъ съ совокупностью обстоятельствъ, при коихъ совершенъ актъ [3]). Если и

---

de iurei., c. 58 in VI° de R. I. 5. 13). Но при значительной общности такого общаго принципа въ высшей степени опасно выставлять его какъ обязательную юридическую норму, не имѣя для того опоры въ прямой законодательной санкціи; да и въ частности никогда не было единогласія относительно присоединенныхъ къ нему ограниченій, ср. именно Вебера стр. 573 и сл. Противъ распространительнаго толкованія этихъ предписаній высказались болѣе или менѣе рѣшительно изъ названныхъ писателей слѣдующіе: Веберъ, Нфейферъ, Мюленбрухъ, Вехтеръ, Пухта, Синтенисъ, Келлеръ. Да и новая практика не отличается въ этомъ отношеніи постоянствомъ (см. Нфейфера в. п. с., Зейф. Arch. II. 261 сравнительно съ III. 53), такъ что этотъ вопросъ нельзя считать разрѣшеннымъ даже путемъ юридическаго обычая. Подобный юридическій обычай несомнѣнно существуетъ только относительно случая поручительства женщины, находившаго себѣ особую опору въ c. 9 X de iurei. 2. 24 (II § 486 прим. 5).

*) Вехтеръ II § 108, Бекингъ I § 117. Савинъ и Obligationenrecht II стр. 189—195. Бургардъ die civilistischen Präsumtionen стр. 249—269.

§ 84. [1]) L. 50 § 3 D. de leg. I° 30, l. 65 § 7 l. 69 § 1 D. de leg. III° 32, l. 18 § 3 D. de instr. 33. 7, l. 34. D. de R. I 50. 17.

[2]) L. 50 § 3 D. de leg. I° 30.

[3]) L. 80 D. de V. O. 45. 1. „Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res qua de agitur in tuto sit“. L. 67 D. de

эти средства не приведутъ къ цѣли, то слѣдуетъ рѣшать противъ того, кто обязанъ былъ высказаться яснѣе, слѣдовательно, при договорахъ противъ того, кто составилъ договоръ или извѣстное опредѣленіе договора [4]), затѣмъ въ пользу болѣе мягкаго толкованія [5]) и въ пользу извѣстныхъ правоотношеній, къ коимъ кромѣ приданаго [6]) относятся именно распоряженія послѣдней воли [7]).

Вышеуказанными средствами можно пользоваться не только для устраненія сомнѣній, представляемыхъ словеснымъ смысломъ; но при ихъ посредствѣ можно даже при несомнительномъ словесномъ смыслѣ изъяснять истинную волю изъявившаго въ противность этому смыслу [8]). Конечно, для этого недостаточно одной простой вѣроятности, что изъявившій волю сказалъ не то, что думалъ [9]); даже если бы послѣднее и было вполнѣ несомнѣнно,

---

R. I. 50. 17. „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est“. L. 31 D. de evict. 21. 2. Зейф. Arch. III. 301.

[4]) L. 38 § 18 l. 99 pr. l. 106 D. de V. O. 45. 1, l. 26 D. de reb. dub. 34 5. Зейф. Arch. I. 347, III. 324. Хотя въ источникахъ и говорится, что договоры купли-продажи и найма должны толковаться противъ продавца и наймодавца (l. 39 D. de pactis 2. 14, l. 21. 33 D. de contr. emt. 18. 1, l. 172 pr. D. de R. I. 50. 17), но это должно понимать въ смыслѣ сказаннаго въ текстѣ, ср. также l. 25 pr. l. 34 pr. D. contr. emt. 18. 1.

[5]) L. 56 D. de R. l. 50. 17. „Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt“. L. 168 pr. l. 192 § 1 eod., l. 32 § 4 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Сюда же относится правило: „semper in obscuris quod minimum est sequimur“, l. 9. 34 D. de R. I. 50. 17. Ср. также l. 47 D. de O. et A. 44. 7.

[6]) L. 70 D. de I. D. 23. 3, l. 85 pr. D. de R. I 50. 17; l. 2 D. de I. D. См. кромѣ того l. 179 D. de R. I.

[7]) L. 12 D. de R. I. 50. 17. „In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur“. L. 24 D. de reb. dub. 34. 5, l. 12 § 2 i. f. D. de usu. 7. 8.

[8]) L. 219 D. de V. S. 50. 16. „In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem eius qui suscepit pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri placuit“. L. 3 C. de lib. praet. 6. 28: „cum... manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu exsistat“. Зейф. Arch. VI. 324 общегер. торг. уст. ст. 278.

[9]) L. 25 § 1 D. de leg. III 32. „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio“. L. 69 pr. eod. „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem“.

все-таки требуется еще, чтобы его изъявленіе могло считаться какимъ бы то ни было выраженіемъ его истинной воли [10]).

Но во всѣхъ этихъ отношеніяхъ существенно различаются между собою одностороннія и двустороннія изъявленія воли. Относительно первыхъ достаточно, чтобы воля изъявляющаго ее была вообще распознаваема, относительно послѣднихъ требуется кромѣ того, чтобы указанная воля была распознаваема и для другаго контрагента. Каждый изъ контрагентовъ имѣетъ право, чтобы воля другаго контрагента была изъявлена въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ долженъ былъ понимать это изъявленіе [11]).

На этомъ-то послѣднемъ основаніи собственное толкованіе изъявляющаго волю примѣняется, если не единственно, то главнымъ образомъ къ предсмертнымъ распоряженіямъ [12]).

§ 85.

Воля, изъявленная въ юридическомъ актѣ, имѣетъ своимъ содержаніемъ либо то, что прямо составляетъ сущность этого акта, такъ что еслибы это содержаніе не совпадало съ волею, то не существовалъ бы и самый актъ; либо то, что хотя и можетъ содержаться въ актѣ, но въ чемъ онъ по существу своему не нуждается, такъ что опредѣленія юридическаго акта суть либо существенныя, либо несущественныя, либо побочныя [1]).

---

[10]) L. 7 § 2 D. de suppell. 33. 10. L. 3 D. de reb. dub. 34. 5:—„qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur“.

[11]) Ср. Игеринга Jahrb. f. Dogm. IV стр. 72; Зейф. Arch. XVIII. 227. Сюда же слѣдуетъ отнести правила, указанныя въ прим. 7.

[12]) Ср. l. 21 § 1 D. qui test. 28. 1, l. 96 D. de R. I. 50. 17; l. 12 D. de transact. 21. 5. — Кромѣ того въ силу замѣченнаго къ примѣчанію 7 собственное толкованіе не должно вносить въ слова того, чего они рѣшительно не могутъ выразить. Изъ этого видно, что собственное толкованіе юридическихъ сдѣлокъ весьма отличается отъ аутентическаго толкованія законовъ; послѣднее безусловно обязательно.

§ 85. [1]) Напримѣръ, для договора купли-продажи существенно то опредѣленіе, что покупатель можетъ получить вещь за опредѣленную покупную цѣну, не существенно же то опредѣленіе, что слѣдуетъ уплачивать проценты на покупныя деньги со времени заключенія договора купли-продажи. Существенныя для юридической сдѣлки опредѣленія принято называть essentialia negotii, несущественныя—accidentalia. Хотя и прибавляютъ еще въ качествѣ третьяго члена этого дѣленія naturalia negotii, подъ которыми разумѣютъ тѣ послѣдствія юридической сдѣлки, кои связываютъ съ нею право даже и тогда, когда касательно ихъ не сдѣлано

Дѣйствіе изъявленной въ юридическомъ актѣ воли можетъ быть ограничено самимъ изъявляющимъ волю чрезъ присовокупленіе условія, срока или предположенія. Объ этомъ слѣдуетъ сказать подробнѣе.

2. Самоограниченія дѣйствія юридическихъ актовъ.

а. условіе *).

α. Понятіе и виды.

§ 86.

Условіе въ относящемся сюда смыслѣ [1]) есть сдѣланное при изъявленіи воли добавленіе, клонящееся къ тому, чтобы желаемое юридическое дѣйствіе акта наступило лишь при наличности извѣстнаго обстоятельства [2]), притомъ условіемъ называютъ какъ само

никакого особаго опредѣленія (ср. l. 11 § 1 D. de A. E. V. 19. 1: — „quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate“), но противъ этого издавна принятаго дѣленія можно возразить, что оно сопоставляетъ желаемое съ нежелаемымъ. Противъ этого возраженія можно только замѣтить, будто право, выдѣляя эти naturalia negotii, имѣетъ въ виду, если не дѣйствительную (сознанную), то по крайней мѣрѣ истинную волю сторонъ, будто оно высказываетъ лишь то, что сами стороны высказали бы, еслибы имѣли въ виду это прямо опредѣлить. Ср. выше § 22 и Арндтса § 65 прим.

*) Dig. 35. 1 de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 28. 7 de condicionibus institutionum. Cod. 6. 25 de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub condicione factis. 6. 46 de condicionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. 8. 55 de donationibus quae sub modo vel condicione vel certo tempore conficiuntur.— За способъ писать condicio говоритъ авторитетъ надписей и древнѣйшихъ рукописей. См. Флекейзенъ Fünfzig Artikel aus einem Hülfsbüchlein für lateinische Rechtsschreibung (1861) стр. 14.—Савиньи III § 116—124, Мюленбрухъ въ Fortsetzung von Glück's Commentar XLI стр. 45—276, Вехтеръ II § 92—96, Синтенисъ I § 20, Унгеръ II § 82.

[1]) Въ обширномъ смыслѣ это выраженіе означаетъ всякое опредѣленіе, внесенное въ юридическую сдѣлку. Тоже означаетъ и римское слово condicio, ср. напр. l. 10 § 1 D. de lege Rhodia 14. 2, l. 1 D. de in diem add. 18. 2. § 86.

[2]) Въ изданіи 1-мъ я высказался противъ тѣхъ (Арндтса § 66. Гушке Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV стр. 248—249, Фиттинга Arch. f. civ. Pr. XXXIX стр. 337—349, Унгера II стр. 56. 57—мнѣ слѣдовало бы прибавить и мое сочине-

это опредѣленіе, такъ и то обстоятельство, которое въ немъ означено [3]). Но изъ того, что мы сказали о добавленіи, сдѣланномъ

ніе Voraussetzung стр. 2. 44. 143), которые полагаютъ сущность условія въ томъ, что оно ставитъ существованіе воли въ зависимость отъ осуществленія извѣстнаго обстоятельства; я сказалъ, что зависящимъ является не существованіе воли, а существованіе того, что она хочетъ. Съ этимъ согласны изъ прежняго времени Шепеманъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 1, а теперь Ремеръ bedingte Novation стр. 82 и сл. Эйзеле Arch. f. civ. Pr. L. стр. 209 и сл. Напротивъ къ означенному воззрѣнію снова пристали: Арндтсъ въ 5 изд. в. п. с. прим. 2, Рудорфъ zu Puchta § 59. a (10 изд.), Ферстеръ Preusz. Privatr. I стр. 160 и сл., и въ особенности Унгеръ Oesterr. Erbrecht § 16 прим. 3. По зрѣломъ размышленіи я остаюсь при своемъ мнѣніи. Спрашивается: что происходитъ чрезъ движеніе волеспособности, которое представляется при условномъ изъявленіи воли? Я говорю: воля, но на время задержанная въ своемъ дѣйствіи,—производительная сила для означеннаго въ изъявленіи воли юридическаго дѣйствія, но пребывающая пока въ бездѣйствіи. Противники мои говорятъ: движеніе волеспособности творитъ волю, производительную силу, не тотчасъ, но только при совмѣстномъ дѣйствіи съ извѣстнымъ обстоятельствомъ. Но вѣдь очевидно, что оно должно же что-нибудь произвести, ибо въ противномъ случаѣ позднѣе наступающее обстоятельство не нашло бы ничего такого, что оно могло бы обратить въ производительную силу, потому что движеніе волеспособности не продолжается:—и такъ, что же оно производитъ? Не знаю, можно ли назвать это иначе какъ волею. Тоже говоритъ и Арндтсъ: „воля, проявляющаяся въ юридеческой сдѣлкѣ, можетъ сдѣлать желаніе юридическаго результата, на который она направлена... зависимымъ отъ какого-нибудь факта.“ Воля, которая дѣлаетъ желаніе зависимымъ! По Унгеру въ условномъ изъявленіи воли хотя и содержится самоопредѣленіе воли, но безъ результата немедленнаго самоопредѣленія, каковое зависитъ отъ наступленія условія. — Нельзя также согласиться и съ тѣми, которые зависимымъ отъ условія считаютъ именно существованіе юридическаго акта (это опредѣленіе между прочимъ встрѣчается у Пухты § 59, Вехтера II стр. 689. 690). Хотя такое формулированіе находитъ себѣ нѣкоторую опору въ источникахъ (см. напр. § 1 I. de emt. 3. 23, l. 19 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 2 § 2 D. pro emt. 41. 4, l. 5 C. de per. et comm. 4. 48), но не подлежитъ никакому сомнѣнію, 1) что условная юридическая сдѣлка фактически во всякомъ случаѣ существуетъ; 2) что она не лишена юридическаго признанія и юридической силы, хотя она еще и не породила желаемаго юридическаго дѣйствія (§ 89).—Съ выбраннымъ тутъ формулированіемъ согласуется въ сущности то формулированіе, которое зависимымъ отъ условія считаетъ именно существованіе правоотношенія (такъ напр. Савиньи III § 116, Бекингъ I § 111); это формулированіе представляется не вполнѣ удачнымъ лишь потому, что изъявленіе воли можетъ быть направлено и на прекращеніе какого нибудь правоотношенія.

[3]) Тоже самое примѣняется къ римскому выраженію condicio и въ этомъ отношеніи.

при изъявленіи воли, не слѣдуетъ выводить, будто это добавленіе можетъ имѣть значеніе независимо отъ изъявленія воли; условное волеизъявленіе едино, въ немъ нѣтъ изъявленія сначала одной, а потомъ другой воли, это просто изъявленіе такъ или иначе обставленной, условной воли [4]).

Содержаніе изъявленія воли, къ коему присовокупляется условіе, можетъ быть весьма разнообразно. Оно можетъ быть направлено на установленіе, прекращеніе и измѣненіе юридическаго акта.

---

[4]) Гушке Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XV стр. 248, Виндшейдъ die Wirkung der erfüllten Bedingung (Basel 1848) стр. 24, Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. XXXIX стр. 308. 309, Унгеръ II § 82 прим. 3. Въ опредѣленіи условія обозначить это отношеніе не двусмысленнымъ образомъ довольно трудно, а потому лучше всего прямо предостеречь отъ недоразумѣнія. Впрочемъ, Гушке, Фиттингъ и Унгеръ зашли, кажется, слишкомъ далеко, горячо доказывая, что условіе нельзя назвать побочнымъ опредѣленіемъ волеизъявленія; развѣ подъ побочнымъ опредѣленіемъ волеизъявленія непремѣнно слѣдуетъ понимать самостоятельную часть его? См. теперь также Арндтса § 65 прим. 2, Унгера Oesterr. Erbrecht § 16 прим. 3 въ к. — Сказаннымъ разрѣшается возбудившій много толковъ спорный вопросъ, должно ли быть доказываемо заявленіе объ условности выставленной противникомъ сдѣлки, или же наоборотъ противникъ долженъ доказать ея безусловность. Послѣднее вѣрнѣе, но не потому, какъ говорили, что въ заявленіи объ условности заключается отрицаніе существованія волеизъявленія, что именно несправедливо (см. прим. 2), но потому, что кто допускаетъ изъявленіе воли, но утверждаетъ, что оно условно, тотъ въ дѣйствительности не допускаетъ одного факта и настаиваетъ на другомъ, а допускаетъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ утверждаетъ существованіе одного и того же факта, именно изъявленія условной воли,—факта, котораго, такъ какъ онъ одинъ, противникъ не можетъ раздвоить. Въ этомъ смыслѣ и разрѣшенъ означенный вопросъ въ одномъ изъ рѣшеній грейфсвальдскаго юридическаго факультета, напечатанномъ въ Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt V стр. 3—13 (съ многочисленными опечатками!) (см. также Зейф. Arch. XIV. 173 въ к.). Тутъ же указана и обширная литература; другія указанія у Унгера § 129 прим. 39, Зейф. Pand. 4 изд. § 87 прим. 3, Вангерова I. § 163, Вецеля Civilproc. § 19 прим. 14. Изъ новаго времени: О. Шенеманъ Zeitschr f. Civ. u. Pr. N. F. XIX 7 (1862; это изслѣдованіе не содержитъ въ себѣ ничего новаго), Пешманъ über die Natur des s. g. qualificirten Geständnisses und dessen Einflusz auf die Beweislast (1863; въ этомъ сочиненіи высказывается, что обязанность доказыванія должна лежать на утверждающемъ безусловность сдѣлки, по слѣдующимъ основаніямъ: 1) условное обѣщаніе имѣетъ другой объектъ (spes) чѣмъ безусловное, слѣдовательно, утвержденіе условности есть отрицаніе тожества объекта; 2) утвержденіе условности есть отрицаніе полноты искового требованія), Арндтъ krit. VISchr. V стр. 13 и сл. (1865), Больгіано Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXII стр. 329 и сл. (1865). Изъ практики: Зейф. Arch. II. 330, IV. 32, VIII. 311, X. 300, XII. 203, XIII. 189, XIV. 173, XVIII. 236, ср. III. 222, V. 239; I. 370, II. 330, VIII. 311, XIV. 173 въ н.

Оно можетъ быть именно направлено и на уничтоженіе правоотношенія, порожденнаго другимъ, въ то же время сдѣланнымъ изъявленіемъ воли. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ условіе называютъ отмѣнительнымъ (резолютивнымъ, auflösende), а во всякомъ другомъ отлагательнымъ (суспензивнымъ, aufschiebende) [5]). Но означенная отмѣна на самомъ дѣлѣ производится не самымъ условіемъ, а тѣмъ изъявленіемъ воли, къ коему присовокуплено условіе; говоря точнѣе, т. н. отмѣнительное, резолютивное условіе есть ничто иное какъ отлагательное, суспензивное условіе побочнаго изъявленія воли, направленнаго на прекращеніе дѣйствія главнаго изъявленія воли [6]).

§ 87.

Обстоятельство, поставленное въ смыслѣ условія, можетъ быть фактическое, но можетъ быть и юридическое, напримѣръ: если я сдѣлаюсь собственникомъ извѣстной вещи.

---

[5]) Употребительныя въ источникахъ выраженія, откуда заимствованы обычныя названія суспензивныя и резолютивныя условія, суть: negotium condicione suspenditur (напр. l. 5 C. de per. et comm. 4, 48, l. 25 C. de don. 8. 54)—negotium sub condicione resolvitur (см. слѣдующее примѣчаніе).

[6]) Такъ училъ уже Тибо (civil. Abhandlungen стр. 359 и сл.), и судя по нашимъ источникамъ, должно безусловно согласиться съ нимъ. Хотя само по себѣ основательно совершенно иное пониманіе резолютивнаго условія, по коему оно тоже есть ничто иное, какъ квалифицированіе правопроизводящей воли, въ силу котораго она выставляетъ произведенное ею лишь въ такомъ состояніи, что оно не можетъ устоять въ виду извѣстнаго обстоятельства и возвращается изъ этого состоянія обратно, и я самъ защищалъ это мнѣніе въ другомъ мѣстѣ (die Wirkung der erfüllten Bedingung стр. 24); тоже говоритъ Унгеръ II. § 82 прим. 30. 30a. Но, какъ сказано, это пониманіе не согласно съ содержаніемъ нашихъ источниковъ. По источникамъ юридическая сдѣлка, къ которой присоединено т. н. резолютивное условіе, вовсе не есть условная, то-есть, подъ условіемъ заключенная сдѣлка; по нимъ она есть безусловная сдѣлка съ условною побочною сдѣлкой. Слѣдующія мѣста: l. 2 pr. D. de in diem add. 18. 2, l. 1 D. de lege comm. 18. 3, l. 2 § 3. 4 D. pro emt. 41 4 не оставляютъ въ этомъ ни малѣйшаго сомнѣнія. См. именно l. 2 § 4 cit... — „sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio?“ Ср. также l. 44 § 2 D. de O. et A. 44. 7, гдѣ резолютивное условіе названо условіемъ, „quae postperfectam obligationem ponitur“. Соглашается Ардтсъ § 67 прим. 2. — Впрочемъ кто оспариваетъ это мнѣніе, долженъ согласно сказанному въ 4 примѣчаніи, согласиться, что ссылка на резолютивное условіе не обязываетъ къ доказыванію. Такъ именно Г. Зейфертъ krit. VISchr. V стр. 355—358. Въ принципѣ того же мнѣнія держится и Пешманъ (прим. 4) и возлагаетъ на отвѣтчика обязанность доказывать лишь въ силу процессуальныхъ основаній.—Салькowскій Novation стр. 442 и сл.

Оно можетъ быть положительное или отрицательное, слѣдовательно не только существованіе или появленіе чего-либо, но и несуществованіе и непоявленіе [1]). Отсюда условія дѣлятся на положительныя или утвердительныя (affirmative Bedingungen) и отрицательныя (negative).

Далѣе, обстоятельство, въ смыслѣ условія, можетъ относиться либо къ прошедшету, либо къ настоящему, либо къ будущему. Если оно находится въ прошедшемъ или настоящемъ, то его существованіе или несуществованіе, а слѣдовательно, существованіе или несуществованіе желаемаго юридическаго дѣйствія въ объективномъ отношеніи будетъ немедленно же вполнѣ несомнѣнно, хотя бы при изъявленіи воли это было субъективно-неизвѣстно [2]). Если оно находится въ будущемъ, то возможна и объективная неизвѣстность, конечно не необходимо. Но объективной неизвѣстности не будетъ и въ этомъ случаѣ, когда обстоятельство, на которомъ утверждено условіе, должно непремѣнно наступить [3]) или вовсе не можетъ наступить [4]) (т. н. необходимыя и невозможныя усло-

---

[1]) L. 7 pr. l. 67 D. de cond. 35. 1. § 87.

[2]) § 6. I de V. O. 3. 15, l. 37 — 39 D. de R. C. 12. 1, l. 100. 120 D. de V. O. 45. 1. § 6 I cit. „Condiciones, quae praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti: si Titius consul fuit, vel si Maevius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.“ Нельзя сказать, что бытье или небытье будущаго обстоятельства должно быть тотчасъ же объективно несомнѣнно, ибо каково бы будущее ни было, оно такимъ именно и должно было быть,—„nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere,“ l. 28 § 5 D. de iud. 5. 1. Это зависитъ отъ того, „quantum in natura hominum sit, possit sciri,“ l. 38 D. de R. C. 12. 1.

[3]) L. 79 pr. D. de cond. 35. 1. „Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato. Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur; non potest enim condicio non existere.“ L. 9 § 1 D. de nov. 46. 2. „Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari.“ Необходимо также несобытіе невозможнаго, l. 7. 8 D. de V. O. 45. 1, § 11 i. f. I. de inut. stip. 3. 19, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7. Необходимость можетъ быть и юридическою, l. 20 pr. cit.

[4]) § 11 I. de inut. stip. 3. 19. „Si impossibilis condicio obligationibus adiiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis dixerit: si digito coelum attigero, dare spondes?“ И невозможность можетъ основываться не только на

вія [5]). Только то условіе порождаетъ свойстеенное ему юдическое дѣйствіе, въ силу котораго существуетъ состояніе объективной неизвѣстности; отношеніе, имѣющее мѣсто при условіи напередъ извѣстномъ, можетъ быть въ наличности и безъ условія. Обстоятельство это представляется до того важнымъ, что объ условіяхъ, не вызывающихъ состоянія объективной неизвѣстности, говорится, что они собственно не условія [6]).

Бываетъ, что условіемъ опредѣляется такое обстоятельство, необходимость коего для существованія желаемаго юридическаго дѣйствія разумѣется сама собою [7]). Въ такомъ случаѣ оно из-

---

естественномъ законѣ, но и на юридическомъ предписаніи, l. 137 § 6. D. de V O. 45. 1. Невозможно также несобытіе неизбѣжнаго.

[5]) Источники неправильно называютъ impossibilis condicio и такое условіе, которое основано на несобытіи невозможнаго, хотя это несобытіе необходимо. L. 50 § 1 D. de her. inst. 28. 5, l. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 7 D. de V. O. 45. 1. Новые писатели употребляютъ для этого выраженіе отрицательно невозможныя условія. Ср. Арндтса Beiträge I стр. 163—169.

[6]) L. 39 D. de R. C. 12. 1. „Itaque tunc potestatem condiciones obtinet, cum in futurum confertur“. L. 10 § 1 D. cond. inst. 28. 7, l. 79 pr. D. de cond. 35. 1, l. 100 D. de V. O. 45. 1, l. 9 § 1 D. de nov. 46. 2 (оба послѣднія мѣста приведены въ примѣчаніи 3). Но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что волеизъявленіе подъ неистиннымъ условіемъ рѣшительно во всѣхъ отношеніяхъ равно безусловному волеизъявленію, см. § 95 прим. 3. Фиттингъ (Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 13) иначе понимаетъ различіе между истиннымъ и неистиннымъ условіями; подъ истиннымъ условіемъ онъ разумѣетъ всякое будущее условіе, не исключая необходимаго и невозможнаго (и т. н. condicio iuris, см. слѣдующее примѣчаніе). Такое опредѣленіе противорѣчитъ источникамъ (въ l. 39 de R. C. 12. 1 условіе, которое „in futurum confertur“, противополагается условію, вслѣдствіе котораго „stipulatio non suspenditur“, l. 37 eod.) и не согласно съ самымъ существомъ дѣла. Особыя послѣдствія, приписываемыя Фиттингомъ тому, что онъ называетъ истиннымъ условіемъ (в. п. с. стр. 347. 348), не говоря уже о томъ, что они отчасти лишены основанія, имѣютъ несущественное значеніе въ сравненіи съ суспензивною силою условія. Но если ужъ различать истинныя и неистинныя условія, то границу между ними слѣдуетъ провести или тамъ, гдѣ условіе вообще начинаетъ получать какое бы то ни было юридическое значеніе, или тамъ, гдѣ находится его главное значеніе. См. также Вангерова I § 93 прим. 1, Иеринга Geist des röm. R. III стр. 157.—Противъ всего этого различія высказывается Унгеръ System II стр. 58 и сл. österr. Erbr. § 16 прим. 6; см. также Арндтса § 65 прим. 11.

[7]) Напримѣръ, само собою разумѣется, что право, данное на несуществующую еще вещь, не можетъ имѣть реальнаго бытія, если сама вещь не будетъ его имѣть; что отказъ, сдѣланный въ завѣщаніи, имѣетъ силу лишь въ томъ случаѣ,

лишне и есть лишь безполезное повтореніе того, что уже и безъ него изъявлено; въ дѣйствительности оно не сдѣлаетъ изъявленія воли условнымъ; оно будетъ условіемъ лишь по имени, а не на самомъ дѣлѣ [8]).

β. Дѣйствіе условія. *)

aa. вообще.

§ 88.

Дѣйствіе условія очерчено уже вообще при опредѣленіи самаго понятія условія. Дѣйствіе условія заключается въ томъ, что отъ его

когда назначенное лицо будетъ наслѣдникомъ, и т. п. Насколько вообще отъ подобнаго обстоятельства зависитъ существованіе желаемаго юридическаго послѣдствія, въ источникахъ оно называется condicio даже и въ томъ случаѣ, когда въ изъявленіи воли ему неявно придано значеніе условія; это „condicio quae inest tacite“ „quae extrinsecus venit“ (не изъ изъявленія воли), l. 1 § 3. 1. 99 D. de cond. 35. 1, l. 6 § 1 l. 25 § 1 D. quando dies 36. 2, l. 21. 68. D. de I. D. 23. 3. Весьма употребительно у новыхъ писателей также выраженіе condicio iuris (по l. 21 D. de cond. 35. 1). Ср. Вангерова I § 93 прим. 2; впрочемъ, ср. также Czyhlarz Zeischr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX. стр. 291 прим. 10.

[8]) Оно имѣетъ лишь „figuram“, а не „vim quoque condicionis“, l. 69 D. de her. inst. 28. 5. Хотя здѣсь и имѣется объективная неизвѣстность, но не вслѣдствіе условія. L. 22 § 1 D. quando dies 36. 2. „Quaedam autem condiciones etiam supervacuae sunt, veluti si ita scribat: Titius heres esto; si Titius hereditatem meam adierit, Maevio decim dato. Nam pro non scripto ea condicio erit, ut omnino ad heredem Maevie legatum transeat, etiamsi Maevius ante aditam hereditatem decesserit“. L. 12 D. de cond. inst. 28. 7, l. 69 D. de her. inst. 28. 5 (ср. l. 65 § 1 D. de leg. I° 30, l. 69 D. de cond. 35. 1). — Фиттингъ (Arch. f. civ. Pr. XXXIX стр. 312) утверждаетъ, что всякое безмолвное условіе можетъ обратиться въ истинное чрезъ то что оно съ этою цѣлью высказывается. Въ доказательство этого онъ можетъ привести только l. 19 § 1 D. de cond. 35. 1. Но истинное содержаніе этого мѣста состоитъ въ томъ, что правило: si Primus heres erit, damnas esto dare можетъ быть понимаемо и такъ: если наслѣдство не перейдетъ къ Secundus, назначенному вмѣстѣ съ нимъ или послѣ него, и „in condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet“ (pr. eod). См. также Арндтса § 66 прим. 10, Унгера Oesterr. Erbr. § 16 прим. 6. Майеръ Legate § 32 прим. 3.

*) B. Зелль (Sell) über bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen bei Verträgen im Allgemeinen (1839). На это сочиненіе рецензія Иеринга въ krit. Jahrb. f. d. RW. XII стр. 865 и сл.

осуществленія ставится въ зависимость наступленіе юридическаго дѣйствія, на которое направлено изъявленіе воли. Это одинаково примѣняется какъ къ суспензивнымъ, такъ и къ резолютивнымъ условіямъ, съ тѣмъ лишь различіемъ, что юридическое дѣйствіе, зависящее отъ резолютивнаго условія, есть именно прекращеніе дѣйствія, вызваннаго главнымъ актомъ.

Если исполненіе [1]) условія представляется несомнѣннымъ немедленно, то и дѣйствіе изъявленія воли наступаетъ немедленно же; изъявленіе воли будетъ такимъ же, какъ и безусловное. Такъ, при резолютивномъ условіи прекращеніе правоотношенія наступаетъ въ самый моментъ его возникновенія, другими словами, правоотношеніе вовсе не возникаетъ. Если, наоборотъ, съ самаго начала представляется несомнѣннымъ неисполненіе условія, то изъявленіе воли имѣетъ такое же дѣйствіе, какъ еслибы она вовсе не была изъявлена; слѣдовательно, при резолютивномъ условіи не можетъ быть рѣчи и о продолженіи дѣйствія главнаго акта.

Какую же силу имѣетъ истинное условіе, то-есть, такое условіе, исполненіе или неисполненіе коего не тотчасъ же представляется несомнѣннымъ? Здѣсь прежде всего спрашивается, въ какомъ юридическомъ состояніи находится актъ до наступленія условія [2]); объ этомъ см. § 89. Что касается до состоянія, вызываемаго неисполненіемъ истиннаго условія, то оно не представляетъ ничего особеннаго; безсиліе изъявленія воли (при резолютивномъ условіи изъявленія воли, направленнаго на прекращеніе акта) тутъ рѣшительное [3]). По отношенію же къ случаю исполненія истиннаго условія возникаютъ слѣдующіе особенные вопросы: 1) по отношенію къ истинному условію вообще вопросъ о томъ, съ какого времени слѣдуетъ считать начало юридическаго дѣйствія изъявленія воли, — юридическаго дѣйствія, наступающаго

---

§ 88. [1]) Мы говоримъ: условіе исполнилось, наступило — не исполнилось, отпало, не состоялось: источники говорятъ: conditio impleta est, expleta est, exstitit — condicio defecit, exstincta est. Что изъявленіе воли дѣйствуетъ безъ задержки со стороны какого бы то ни было условія (если присовокупленное условіе осуществилось или никакого [истиннаго] условія присовокуплено не было), источники обозначаютъ это своеобразнымъ выраженіемъ: dies cessit, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. Ср. § 96 прим. 4.

[2]) Источники говорятъ: condicio pendet.

[3]) Ср. l. 37 i. f. D. de contr. emt. 18. 1, l. 15 pr. D. de in diem add. 18. 2.

съ исполненіемъ условія, со времени ли изъявленія воли или же съ момента исполненія условія или, выражаясь обыкновеннымъ языкомъ, имѣетъ ли исполнившееся условіе обратное дѣйствіе или нѣтъ (§ 91); 2) въ частности по отношенію къ резолютивному условію вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ, при наступленіи его, прекращаются юридическія послѣдствія акта, возникшія уже до наступленія условія (§ 90).

Наконецъ по отношенію ко всѣмъ условіямъ, какъ истиннымъ, такъ и не истиннымъ слѣдуетъ еще разрѣшить вопросъ о томъ, когда именно можно сказать, что условіе осуществилось (§ 92).

bb. СОСТОЯНІЕ АКТА ДО ОСУЩЕСТВЛЕНІЯ УСЛОВІЯ *).

§ 89.

До осуществленія условія сила изъявленія воли еще задержана, производимое имъ юридическое дѣйствіе еще не произведено [1]). Но именно потому нельзя сказать, чтобы изъявленіе воли не имѣло никакого значенія [2]). Право не отказываетъ ему въ дѣйствіи, оно можетъ еще достигнуть полнаго юридическаго дѣйствія. Хотя изъявленіе воли и не вызвало еще того юридическаго дѣйствія, къ коему оно направлено, но оно тѣмъ не менѣе дало на него надежду, которой условно управомоченный не можетъ быть лишенъ. Другими словами, тотъ, кого эта надежда обязываетъ, не можетъ сдѣлать, чтобы въ случаѣ осуществленія условія ожидаемое юридическое дѣйствіе не наступило или не вполнѣ наступило; онъ уже и теперь связанъ [3]). Важный выводъ изъ этой связанности

---

*) Вехтеръ II стр. 696—701, Виндшейдъ die Wirkung der erfüllten Bedingung стр. 16—22, его же Heid. krit. Zeitschr. IV стр. 42—49, Шенеманъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX стр. 13 и сл.

[1]) L. 13 § 5 D. de pign. 20. 1: — „ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur“. L. 16 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 § 1 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 2. § 2 D. pro emt. 41. 4.

[2]) Любопытное примѣненіе этого встрѣчается въ l. 16 D. de iniusto 28. 3. § 89. См. еще l. 36 D. de R. C. 12. 1, l. 80. 83 D. de I. D. 23. 3, l. 60 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, и къ этимъ мѣстамъ Фр. Книпа Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation стр. 5 и сл. (Виндшейдъ krit. VJSchr. II стр. 242—244), Рёмеръ bedingte Novation стр. 85 и сл. (Ср. II § 354 прим. 10); l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2; l. 40 D. ad leg. Aq. 9. 2.

[3]) Источники признаютъ, что даже въ условномъ (обязательственномъ) дого-

(Gebundenheit) заключается въ томъ, что всѣ совершаемыя имъ въ промежуточное время распоряженія, противорѣчащія ожидаемому праву, съ осуществленіемъ условія отпадаютъ или подчиняются возникшему теперь праву; это право существуетъ точно также, какъ оно должно было существовать по содержанію условнаго волеизъявленія [4]) Условно-обязанному не дозволены не только юридическія, но и такія фактическія распоряженія, которыя дѣлаютъ невозможнымъ или стѣсняютъ ожидаемое право; за такія дѣйствія онъ обязанъ вознаградить при наступленіи условія, равнымъ образомъ онъ отвѣтствуетъ (согласно содержанію установляемаго правоотношенія) за упущенія [5]). Дальнѣйшій выводъ изъ

ворѣ заключается contrahere, l. 27 D. pro socio 17. 2, l. 78 pr. D. de V. O. 45. 1, l. ult. D. de stip. serv. 45. 3, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6; конечно, и въ другихъ мѣстахъ подъ contractum negotium прямо разумѣется безусловный договоръ, такъ въ l. 8 § 1 D. de per. et comm. 18. 6.—Относительно употребленнаго здѣсь выраженія связанности (Gebundenheit) слѣдуетъ замѣтить, что подъ нимъ нужно разумѣть не одну обязательственную связанность; условно обязанный стѣсненъ не только въ своемъ правѣ (Dürfen), но и въ своей возможности (Können). Фиттингъ называетъ это дѣйствіе условнаго изъявленія воли (насколько онъ признаетъ послѣднее) „предварительнымъ дѣйствіемъ“ (Vorwirkung), ср. § 67 прим. 2 и названнаго писателя въ Zeitschr. f. Handelsr. II стр. 253 прим. 77. Гёттингъ (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I. 6, ср. именно стр. 250. 254. 265. 271) неправильно сводитъ означенное дѣйствіе къ особой юридической сдѣлкѣ, сопутствующей условной юридической сдѣлкѣ.

[4]) Если это будетъ право собственности, то предъ нимъ исчезаютъ не только право собственности, перенесенное въ промежуточное время прежнимъ собственникомъ на другаго, но и другія установленныя имъ права на вещь. Если это будетъ право на чужую вещь, то хотя остается въ силѣ сдѣланное промежуточнымъ собственникомъ перенесеніе собственности, но наложенныя имъ на вещь реальныя повинности, насколько ими съуживается вновь возникшее право, не имѣютъ силы; если это закладное право, то оно имѣетъ преимущество предъ таковымъ же правомъ, пріобрѣтеннымъ въ промежуточное время. Это одинаково прилагается какъ къ резолютивнымъ, такъ и къ суспензивнымъ условіямъ, какъ къ распоряженіямъ между живыми, такъ и къ распоряженіямъ на случай смерти. L. 69 § 1 D. de leg. I° 30, l. 105 D. de cond. 35. 1, l. 3 § 3 C. comm. de leg. 6. 43, l. 12. § 2 D. fam. herc. 10. 2, l. 11 § 1 D. quemadm. serv. 8. 6, l. 9 § 1 l. 11 § 1 D. qui pot. 20. 4, l. 4 § 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. — Фиттингъ (über den Begriff der Rückziehung стр. 65 и сл.) на означенное здѣсь отношеніе смотритъ какъ на связанность (Gebundenheit) вещи, что, безъ сомнѣнія, находитъ себѣ подтвержденіе въ источникахъ, напр. l. 2 pr. D. de statulib. 40. 7, l. 6 D. si ex nox. causa agatur 2. 9, l. 12 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 82 pr. D. de leg. I° 30.

[5]) Вехтеръ II стр. 700 № 5.

возникшей чрезъ условное изъявленіе воли связанности состоитъ въ томъ, что въ случаѣ смерти обязаннаго его мѣсто заступаютъ его наслѣдники; еслибы до осуществленія условія ничего не было, то и на наслѣдниковъ не могло бы ничего перейти [6]). Мало того даже сама надежда, соотвѣтствующая этой связанности, имѣетъ юридическое значеніе. Прежде всего потому же, что и она переходитъ на наслѣдниковъ [7]). Впрочемъ, въ этомъ отношеніи нужно различать распоряженія между живыми и распоряженія на случай смерти. Послѣднія въ высшей степени личнаго свойства: ихъ центръ тяжести находится не столько въ томъ, что что-либо должно быть отдано вообще, сколько въ томъ, что что-либо должно достаться опредѣленному лицу. Въ этомъ смыслѣ римское право постановляетъ, что если лицо, указанное въ предсмертномъ распоряженіи, при жизни своей не пріобрѣтетъ того, что ему назначено, то его мѣсто въ этомъ отношеніи не могутъ заступить его наслѣдники; надежда, открывшаяся вслѣдствіе означеннаго распоряженія, на наслѣдниковъ указаннаго въ немъ лица не переходитъ [8]). А по-

---

[6]) Такъ дѣйствительно смотритъ на это Ульпіанъ въ l. 9 § 1 D. de I. D. 23. 3. „Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero: an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio eius effici, cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit: quia pendet donatio in diem nuptiarum, et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est.“ Только favore dotis хочетъ Ульпіанъ помочь въ этомъ случаѣ по исключенію. Рѣшеніе, сообразное съ этимъ принципомъ, помѣщено въ l. 2 § 5 D. de don. 39. 5. О различныхъ попыткахъ соглашенія см. Савиньи Zeitschr. f. gesch. RW. IV стр. 51 и сл. (System IV стр. 154 прим. r), Зелля bedingte Tradition стр. 117 и сл., Виндшейда Wirkung der erfüllten Beding. стр. 18 прим. 1, Штремпеля iusta causa der Tradition стр. 69 и сл., Czyhlarz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX стр. 288 и сл. Собственное воззрѣніе этого послѣдняго писателя согласно съ изложеннымъ здѣсь воззрѣніемъ, съ нимъ же согласенъ теперь и Вангеровъ въ 7 изд. I стр. 148 (иначе еще въ 6. изд. стр. 164). Кажется, никогда не возбуждало сомнѣніе то, что обязанности по условнымъ обязательствамъ переходятъ на наслѣдниковъ, § 25 I. de inut. stip. 3. 19, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 57 D. de V. O. 45. 1.—См. еще l. 27 D. pro socio 17. 2.

[7]) § 4 I. de V. O. 3. 15.—„Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam condicio exsistat mors nobis contigerit.“ § 25 I. de inut. stip. 3. 19, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6.

[8]) L. 5. pr. § 2 D. quando dies 36. 2, l. un. § 7 C. de cad. toll. 6. 51.

тому и въ другихъ отношеніяхъ этой надеждѣ нельзя приписать такого же юридическаго значенія, какое приписывается надеждѣ, открывшейся вслѣдствіе изъявленія воли между живыми. Такъ, въ первомъ случаѣ она не пріобрѣтается господиномъ, а въ послѣднемъ пріобрѣтается [9]); въ послѣднемъ случаѣ право, даваемое надеждой, получаетъ способность быть предметомъ юридическихъ сдѣлокъ, а въ первомъ нѣтъ [10]). Отсюда общее правило: кто на основаніи распоряженія между живыми въ правѣ что-либо требовать условно, тотъ уже теперь разсматривается какъ вѣритель, что не примѣняется къ распоряженію на случай смерти [11]). Но и при распоряженіяхъ послѣдняго рода можетъ быть потребовано обезпеченіе на случай осуществленія открывшейся надежды [12]), тогда какъ при волеизъявленіяхъ между живыми это зависитъ больше отъ усмотрѣнія судьи [13]).

Изъясненныя выше юридическія послѣдствія условнаго волеизъявленія не исключаются даже и въ томъ случаѣ, когда осу-

---

[9]) L. 18 D. de R. I. 50. 17. „Quae legata mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu acquirimus. Aliter atque quod stipulati sumus; nam et sub condicione stipulantes omnimodo eis acquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini condicio existat.“ L. 2 § 3 D. de coll. 37. 6, l. 40 D. de stip. serv. 45. 3, l. 28 D, de pign. 20. 1, l. 14. i. f. D. quando dics. 36. 2, l. 5 C. de cond. ins. 6. 46.

[10]) Acceptilatio: l. 12 l. 13 § 7. 8 D. de accept. 46. 4. Cessio (уступка): l. 17. 19 D. de her. vel. act. vend. 18. 4, l. 41 D. de cond. 35. 1. Ср. Виндшейда въ Heidelb. krit. Zeitschr. IV стр. 45—47 и спеціально объ l. 41 cit. Сальпіуса Novation u. Delegation стр. 37. 38. Сальковскій Novation стр. 112. 412. 414 и сл.

[11]) L. 42 pr. D. de O. D. A. 44. 7. „Is, cui sub condicione legatum est et pendente condicione non est creditor, sed tunc cum exstiterit condicio, quamvis cum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse.“ Выводъ отсюда въ l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9, ср. l 6 pr. D. quib. ex causis in po. 42. 4 (противъ l. 14 § 2 eod., ср. Дернбурга emtio bonorum стр. 97—101), l. 4 pr. D. depos. 42. 6.

[12]) L. 18 D. de cond. 35. 1, l. 6 D. de B. P. s. t. 37. 11, Dig. 36. 3, Cod. 6. 54. Подробнѣе въ наслѣдственномъ правѣ.

[13]) L. 41 D. de iud. 5. 1 (—„ex iusta causa“—), l. 38 pr. D. pro socio 17. 2. Мнѣніе Бера (Anerkennung § 69), что подъ cautio слѣдуетъ разумѣть здѣсь только nuda promissio, недостаточно основательно. L. 13 § 5 D. de pign. 20. 1 объясняется изъ содержанія formula hypothecaria. Гушке Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX стр. 167 и сл. и ниже § 235 прим. 3. Зейф. Arch. XVI. 190, XVII. 6. 7.

ществленіе условія зависитъ отъ произвола условно-обязаннаго лица [14]). Хотя послѣднее и можетъ воспрепятствовать осуществленію условія, тѣмъ не менѣе оно остается обязаннымъ на случай осуществленія условія и уже не можетъ лишить своего противника открывшейся для него на этотъ случай надежды [15]).

---

[14]) Для того случая, когда осуществленіе условія зависитъ отъ произвола условно управомоченнаго, въ одномъ изъ постановленій Юстиніана (l. un. § 7 C. de cad. toll. 6. 51) встрѣчается выраженіе conditio potestativa. Не видно основанія, почему обыкновенно ограничиваютъ это выраженіе только этимъ случаемъ и почему не прилагать его и къ случаю произвола условно обязаннаго.

[15]) Общее мнѣніе отвергаетъ это, выставляя правило, что условіе означеннаго рода не подлежитъ повороту (§ 91). Противъ общаго мнѣнія высказались: Троче Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII стр. 101—108, Шмидтъ тамъ же N. F. VIII стр. 381 и сл., Вехтеръ II. стр. 702 прим. 19, Регельсбергеръ zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte (1859) стр. 55 и сл., условно Виндшейдъ Arhg. f. civ. Pr. XXXV стр. 51—60. Теперь я присоединяюсь къ безусловному отрицанію этого мнѣнія названными писателями. Что въ l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6 не заключается затрудненія, уже было мною указано выше, см. также § 93 прим. 3. L. 11 § 2 D. qui pot. 20. 4 вовсе не говоритъ объ условномъ изъявленіи воли; впрочемъ объ этомъ мѣстѣ см. § 242. прим. 9. Что касается l. 4 D. quae res pign. 20. 3, l. 11 pr. D. pui pot. 20. 4, l. 9 § 1 eod., то слѣдуетъ преимущественно держаться того, что и въ этихъ мѣстахъ нѣтъ рѣчи объ условномъ изъявленіи воли. Въ нихъ говорится объ обезпеченіи залогомъ несуществующаго еще требованія; но такъ какъ закладное право не можетъ существовать безъ требованія, то слѣдовательно, изъявленію воли не достаетъ здѣсь одного изъ условій силы, требуемаго самимъ его содержаніемъ. Съ другой стороны обязательственная связанность переносится на залогъ; обезпечивающій залогомъ еще не существующее обязательство въ такой же мѣрѣ связанъ залогомъ, въ какой и несуществующимъ еще обязательствомъ. Отсюда сами собою объясняются два первыя изъ названныхъ мѣстъ (см. также § 242 прим. 6). Сомнителенъ только смыслъ l. 9 § 1 D. qui pot. 20. 4; но стѣснительное толкованіе, въ силу коего это мѣсто слѣдуетъ понимать въ смыслѣ условія, состоящаго лишь въ одномъ желаніи (§ 93), повидимому настолько же справедливо здѣсь, насколько оно безусловно необходимо въ l. 17 D. de V. O. 45. 1. А и резолютивное условіе nisi melior condicio allata fuerit, дѣлающее, какъ это несомнѣнно признано, безсильными распоряженія промежуточнаго времени (l. 4 § 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6), не можетъ точно также осуществиться помимо воли теряющаго отъ его осуществленія! Тоже представляется и при lex commissoria.

сс. СОСТОЯНІЕ АКТА ПО ОСУЩЕСТВЛЕНІИ УСЛОВІЯ.

αα. Вообще.

§ 90.

Съ момента осуществленія условія волеизъявленіе, къ коему оно было присоединено, вступаетъ въ полную силу и производитъ преднамѣренное имъ юридическое дѣйствіе. При резолютивномъ условіи это дѣйствіе заключается въ прекращеніи юридическаго дѣйствія, произведеннаго главнымъ волеизъявленіемъ; и притомъ съ наступленіемъ резолютивнаго условія это юридическое дѣйствіе прямо прекращается; вслѣдствіе этого установляется не одно только обязательство управомоченнаго къ возстановленію прежняго состоянія [1]). Хотя этого, быть можетъ, и желали стороны [2]); но въ такомъ случаѣ нѣтъ резолютивнаго условія [3]). Впрочемъ, слѣдуетъ присовокупить, что римское право признало означенное дѣйствіе резолютивнаго условія лишь мало по малу и неохотно [4]).

---

§ 90. [1]) L. 41 D. de R. V. 6. 1, l. 4 § 3 D. de in diem add. 18. 2, l. 8 D. de lege comm. 18. 3, l. 31 D. de pign. 20. 1, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 4 C. de pact. inter emt. 4. 54. Противъ утверждающаго противное сочиненія Riesser (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 1. 8 [1829]) см. именно Вангерова I. § 96 прим. Въ свою очередь за противное мнѣніе И. Энгельманъ der Rückfall des Eigenthums im röm. R. Stuttgart 1868.

[2]) L. 12 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 3 C. de pact. int. emt. 4. 54. Опредѣлить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, что дѣйствительно было желаемо, чрезвычайно трудно; употребляемыя выраженія не всегда даютъ вѣрную точку опоры. Ср. l. 29 D. de m. c. don. 39. 6, l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6.

[3]) Точнѣе говоря: въ этомъ случаѣ будетъ не условное желаніе прекращенія, но условное желаніе прекращающаго волеизъявленія (исходящаго отъ противника). Источники не столь точны въ выраженіяхъ; они говорятъ о negotium quod resolvitur sub condicione не въ томъ лишь случаѣ, когда съ извѣстнымъ обстоятельствомъ прямо прекращается существовавшее доселѣ дѣйствіе, см. напр. l. 1 D. de don. 39. 5. Фиттингъ Zeitschr. f. Handelsr. II. стр. 242—251.

[4]) Римское право очевидно исходило отъ того воззрѣнія, что воля не имѣетъ уже никакой власти надъ разъ установленнымъ юридическимъ дѣйствіемъ. L. 44 § 2 D. de O. et A. 44. 7; „Condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam ponitur, veluti: centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?“ Вотъ почему оно либо объявляло само резолютивное условіе безсильнымъ, либо постановляло, что отъ этого усло-

ββ. Имѣетъ ли осуществившееся условіе обратную силу.

§ 91.

Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ различать суспензивныя условія отъ резолютивныхъ.

Осуществленное суспензивное условіе по общему правилу не имѣетъ обратной силы, то-есть, юридическое дѣйствіе акта, наступившее по осуществленіи условія, не считается существовавшимъ уже въ моментъ изъявленія воли. Правило это основано на предполагаемой волѣ изъявителя условной воли; въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ принимать, что тотъ, кто желаетъ, чтобъ извѣстный юридическій результатъ наступилъ лишь въ томъ случаѣ, когда данное отношеніе получитъ извѣстную форму, тотъ въ тоже время желаетъ, чтобъ этотъ результатъ наступилъ лишь тогда, когда образуется желаемая форма даннаго отношенія; другими словами, слѣдуетъ принимать, что по мысли установителя условія оно въ тоже время содержитъ въ себѣ извѣстный срокъ. Но принимать

вія становится недѣйствительнымъ и само главное распоряженіе, либо наконецъ постановляло, что изъ него, вопреки волѣ распорядителя, возникаютъ лишь косвенныя обязательственныя дѣйствія, l. 15 § 4 D. de test. mil. 29. 1, Vat. Fr. § 283, l. ult. C. de legat. 6. 37, l. 55 D. de leg. I° 30, l. 44 § 2 (ср. § 1) D. de O. et A. 44. 7, l. 56 § 4 D. de V. O. 45. 1, § 3. I. de V. O. 3. 15, l. 4 pr. D. de serv. 8. 1 (хотя эти мѣста отчасти говорятъ только о резолютивномъ срокѣ, но они допускаютъ вѣрное заключеніе и къ резолютивному условію). Но съ другой стороны, римское право, хотя отчасти уже въ позднѣйшее время, несомнѣнно признавало въ отдѣльныхъ случаяхъ прямое дѣйствіе резолютивнаго условія; кромѣ мѣстъ въ прим. 1 см. l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult. C. de legat. 6. 37 и l. 29 D. de m. c. don. 39. 6 (объясненіе коихъ, сдѣланное мною въ сочиненіи über die Vorausserzung стр. 66, конечно, несостоятельно), l. 12 § 1 C. de usufr. 3. 33 (l. 12 pr. eod., Vat. Fr. § 48. 52, l. 6 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 16 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6). Такимъ образомъ прямое дѣйствіе резолютивнаго условія является результатомъ развитія римскаго права, и слѣдовательно, нынѣ мы въ правѣ допускать это дѣйствіе тамъ, гдѣ воля несомнѣнно направлена на него, допуская при этомъ исключеніе для объясненія особыхъ сдѣлокъ, какъ напр. назначеніе наслѣдника. Ср. Савиньи III § 127, Виндшейда Voraussetzung стр. 149—152, Фиттинга Zeitschr. f. Handelsr. II стр. 261—268, Гольдшмидта тамъ же VIII стр. 242 прим. 37. (Дегенколбъ Platzrecht und Miethe стр. 154 и сл. 197 и сл.).

это слѣдуетъ лишь въ случаѣ сомнѣнія, стало быть, противное нужно принимать не только въ томъ случаѣ, когда оно прямо заявлено, но и въ томъ, когда по обстоятельствамъ дѣла такое толкованіе условнаго волеизъявленія необходимо [1]).

---

[1]) Сказанное въ текстѣ подробнѣе изложено въ слѣдующемъ сочиненіи: Виндшейда die Wirkung der erfüllten Bedingung (Basel 1852). Господствующее мнѣніе не соглашается съ нимъ; оно наоборотъ утверждаетъ, что слѣдуетъ отправляться отъ обратнаго дѣйствія, какъ отъ правила. Однако соглашаются, что относительно условій дѣйствительности волеизъявленія въ нашихъ источникахъ обращается вниманіе не на время совершенія послѣдняго, но на время осуществленія условія (l. 14. 31 pr. D. de nov. 46. 2, l. 8 pr. D. de per. 18. 6, l. 3. 4 D. de reg. Cat. 34. 7, l. 41 § 2 D. de leg. I° 30, l. 31. 98 pr. D. de V. O. 45. 1), а лучшіе писатели различаютъ существованіе и осуществленіе права и учатъ, что обратное дѣйствіе имѣетъ мѣсто именно по отношенію къ первому, а не послѣднему (Вангеровъ I стр. 164—166 въ 6 изд., Вехтеръ II стр. 708—710, ср. l. 15 § 6 l. 24 § 1 l. 88 § 3 D. ad. leg. Falc. 35. 2, l. 18 pr l. 33 D. ad SC. Treb. 36. 2, l. 16 D. de statulib. 40. 7, l. 3 C. de fudeic. lib. 7. 4). Затѣмъ въ послѣднее время Фиттингъ (über den Begriff der Rückziehung стр. 33—45, и согласно съ нимъ Шейрлъ krit. Ueberschau V стр. 29 и сл.) доказывалъ, что вообще при условныхъ отказахъ обратное дѣйствіе отпадаетъ, съ этимъ согласенъ Вангеровъ II § 436; правда, Фиттингъ прибавляетъ неясную оговорку „по отношенію къ пріобрѣтенію“, но кромѣ поименованныхъ прежде и въ § 89 прим. 9 мѣстъ ср. еще l. 1 C. an serv. 4. 14, l. 7. § 18 D. de pactis 2. 14, l. 12 § 5 D. de usufr. 7. 1, l. 17 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 41 D. de cond. 35. 1, l. 11 § 4 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 13 § 8 D. de accept. 46. 4, l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9, l. 20 D. de lib. et post. 28. 2. Въ послѣднее время этотъ же писатель не признаетъ обратнаго дѣйствія даже и при условномъ перенесеніи собственности и сознается, что у него возникло сомнѣніе относительно обратной силы при условныхъ требованіяхъ (Zeitschr. f. Handelsr. II стр. 255 прим. 79), такъ что его нельзя уже считать защитникомъ обратнаго дѣйствія, ср. его же Arch. f. civ. Pr. XXXIX стр. 333. Даже Вангеровъ въ 7 изд. стр. 142 и сл. совершенно отказывается отъ обратнаго дѣйствія въ его принципѣ и отъ примѣненія его къ вещнымъ правамъ (за исключеніемъ закладнаго права), Арндтсъ же, очень осторожно высказавшійся уже въ 4 изд., въ 5 изд. учитъ (§ 71 прим. 4), что „обратнаго дѣйствія въ строгомъ смыслѣ“ нѣтъ ни при юридическихъ сдѣлкахъ между живыми, ни при распоряженіяхъ на случай смерти. Быть можетъ, къ примиренію разногласія послужитъ весьма важное указаніе (ср. Фиттинга Begriff der Rückziechung стр. 118, Виндшейда Heidelb. krit. Zeitschr. IV стр. 38), что и по осуществленіи условія истинное основаніе наступающаго тутъ юридическаго дѣйствія будетъ не осуществленное теперь условіе, но сдѣланное прежде волеизъявленіе, что первое сообщаетъ послѣднему обратную силу. Если подъ обратнымъ дѣйствіемъ осуществленнаго условія понимать именно это, то противъ такого дѣйствія нечего и возражать, и

При резолютивныхъ условіяхъ слѣдуетъ, наоборотъ, въ случаѣ сомнѣнія принимать, что волеизъявитель желалъ, чтобы наступившее съ осуществленіемъ условія юридическое дѣйствіе имѣло обратную силу и самое условіе считалось какъ бы вовсе ненаступавшимъ. Въ случаѣ сомнѣнія, осущсетвившемуся резолютивному условію, съ точки зрѣнія волеизъявителя, можно придавать только то значеніе, какое придается несостоявшемуся суспензивному условію; а въ случаѣ, если суспензивное условіе не состоится, не имѣется въ виду никакихъ юридическихъ послѣдствій. Но съ другой стороны, по нашимъ источникамъ нельзя доказать, чтобы волѣ, имѣющей въ виду обратное дѣйствіе осуществленнаго резолютивнаго условія, усвоивалось въ римскомъ правѣ какое-либо дѣйствіе, которое бы не имѣло силы обязательства. Такимъ образомъ по осу-

---

въ этомъ смыслѣ я его никогда не отвергалъ; при этомъ слѣдуетъ только отказаться отъ всякой мысли, будто послѣ осуществленія условія состояніе промежуточнаго времени обратно опредѣляется иначе, чѣмъ оно было опредѣлено до наступленія условія. Даже новѣйшій защитникъ обратнаго дѣйствія Унгеръ II стр. 70 и сл. (ср. österr. Erbrecht § 16 прим. 20) не идетъ далѣе сказаннаго, такъ что такимъ образомъ понимаемое обратное дѣйствіе, безъ сомнѣнія, отъ воли сторонъ не зависитъ (Фиттингъ Begriff der Rückziehung прим. 85, Унгеръ стр. 75, ср. Виндшейда въ Heidelb. krit. Zeitschr. IV стр. 39 въ в.). Не болѣе того содержатъ и тѣ мѣста, на которыя ссылаются въ подтвержденіе обратнаго дѣйствія, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 16. D. de sol. 46. 3, l. 11 § 1 D. qui pot. 20. 4 (ср. съ послѣднимъ мѣстомъ l. 8 pr. D. de contr. emt. 18. 1), см. Виндшейда Wirkung der erfüllten Bedingung стр. 14—21 (о l. 72 de fidei. 46. 1 тамъ же стр. 15. 16). Heidelb. krit. Zeitschr. стр. 44—47. Само собою разумѣется, что юридическія послѣдствія, которыя вполнѣ объясняются изъ порождаемой условнымъ волеизъявленіемъ связанности, вовсе не служатъ доказательствомъ въ пользу обратнаго дѣйствія. — Противъ обратнаго дѣйствія энергически высказался и Шенеманъ въ сочиненіи, поименованномъ въ § 86 прим. 2; далѣе Ферстеръ Preusz. Privatrecht 1 стр. 169—170, и ученое разсужденіе A. v. d. Leyen de effectu condicionis existentis (Берлинъ 1865). Эйзеле Arch. f. civ Pr. L. 14. 15. За обратное дѣйствіе въ послѣднее время Ремеръ bedingte Novation стр. 73—84 (о l. 16 D. de acceptil. см. его же в. п. с. стр. 237 и сл.).

[2]) Противъ этого нельзя утверждать, будто резолютивное условіе есть собственно суспензивное, что, слѣдовательно, оно не можетъ имѣть другаго смысла кромѣ этого (Виндшейдъ die Wirkung der erfüllten Bedingung стр. 24); ибо можетъ случиться, что и суспензивному условію желали дать обратное дѣйствіе, а почему же возможному не стать здѣсь дѣйствительнымъ? Положительнымъ образомъ обратное дѣйствіе доказывается тѣмъ, что съ наступленіемъ резолю-

ществленіи резолютивнаго условія состояніе, существовавшее въ промежуточное время, само по себѣ юридически опредѣляется такимъ же образомъ, какъ оно было опредѣлено сначала, и для лица, теряющаго вслѣдствіе прекращенія условія, возникаетъ лишь обязанность поставить противника въ тоже состояніе, въ которомъ онъ находился бы, еслибы прекращенное теперь юридическое дѣйствіе для него вовсе не наступало [3]).

c. КОГДА УСЛОВІЕ СЧИТАЕТСЯ ОСУЩЕСТВИВШИМСЯ?

§ 92.

Утвердительное (affirmative) условіе считается осуществившимся, если то, что по мысли и волѣ установителя условія должно дѣй-

---

тивнаго условія обратному пріобрѣтателю должны быть выданы плоды и всякая иная прибыль, полученная въ промежуточное время (Vat. Fr, § 14, l. 4 § 4 l. 6. pr. l. 16 D. de in diem add. 18. 2, l. 4 pr. l. 5 D. de lege comm. 18. 3, l. 11 § 10 D. de int. quod vi aut cl. 43. 24, l. 38 § 2. 3 D. de usur. 22. 1) Дальнѣйшее доказательство заключается въ сопоставленіи осуществленія резолютивнаго условія съ redhibitio (l. 19 D. de usurp. 41. 3, l. 6 § 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3), равно какъ и въ l. 2 D. de lege comm. 18. 3 и l. 2 § 1 l. 3 D. de in diem add. 18. 2.

[3]) Приведенныя въ предъидущемъ примѣчаніи мѣста даютъ обратному пріобрѣтателю относительно прибыли, полученной въ промежуточное время, лишь обязательственное притязаніе, но нигдѣ не сказано, чтобы обратное вещное дѣйствіе наступало и въ другихъ отношеніяхъ. Нельзя ссылаться на то, что распоряженія, сдѣланныя въ промежуточное время, становятся безсильными; это вполнѣ объясняется тою связанностью воли, о которой говорилось въ § 89. Съ другой стороны нельзя, подобно Фиттингу Zeitschr. f. Handelsr. II стр. 257—259, изъ l. 41 pr. D. de R. V. 6. 1 (ср. Виндшейда Heidelb. krit. Zeitschr. IV стр. 37) и l. 4 § 3 D. de in diem add. 18. 2 и l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6 выводить опроверженіе противъ обратнаго вещнаго дѣйствія (менѣе ли оканчивается существованіе права чрезъ то, что съ этого момента оно считается никогда не существовавшимъ?)—Господствующее мнѣніе прямо приписываетъ осуществившемуся резолютивному условію обратное дѣйствіе. Противъ этого мнѣнія высказались В. Мюллеръ civil. Abhandlungen I стр. 294. 303. 313 и въ послѣднее время Фиттингъ Zeitschr. f. Handelsr. II стр. 255—259, при чемъ они, впрочемъ, оспариваютъ лишь вещное обратное дѣйствіе, которое одно только истинно; далѣе см. Шейрля krit. Ueberschau V стр. 45, Унгера II стр. 78 прим. 76, Вангерова 7 изд. I стр. 150, Арндтса 5 изд. § 71 прим 6. Сказанное мною прежде по этому вопросу (Wirkung der erfüllten Bedingung стр.

ствительно существовать теперь или послѣ, дѣйствительно существуетъ или возникло въ томъ видѣ, какъ предположено. Отрицательное (negative) условіе осуществляется, если то, что по мысли и волѣ установителя условія въ дѣйствительности не должно существовать теперь или послѣ, дѣйствительно не существуетъ или же нѣтъ сомнѣнія, что оно не будетъ существовать [1]). Мысль и воля самого установителя должна опредѣляться путемъ толкованія [2]). При этомъ въ нашихъ источникахъ раскрываются нѣкоторые особые вопросы [3]). Такъ, если условіе разсчитано на какое-либо дѣяніе условно-управомоченнаго, и это дѣяніе станетъ для него, безъ его собственной вины, невозможнымъ [4]), то, руководясь мыслію установителя условія, слѣдуетъ ли не обращать вниманія на исполненіе дѣянія и считать условіе осуществившимся и безъ такого исполненія? Здѣсь должно исходить изъ того, что кто требуетъ какого-либо дѣянія, тотъ требуетъ именно этого дѣянія, а

23—30) неудовлетворительно въ томъ отношеніи, что я допускалъ исключительно обязательственное вліяніе обратнаго дѣйствія только для пріобрѣтенія, совершеннаго въ промежуточное время.

[1]) L. 115. pr. § 1 D. de V. O. 45. 1. Если условіе состоитъ въ несовершеніи § 92.
какого-либо дѣйствія, то во многихъ случаяхъ оно можетъ считаться осуществившимся лишь со смертью даннаго лица, § 4 I de V. O. 3. 15, l. 73 D. de cond. 35. 1; ср. тоже l. 72 pr. § 1 l. 101 § 3 l. 106 D. eod.

[2]) L. 19 pr. D. de cond. 35. 1. „In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit condiciones.“ L. 101 pr. eod.:—„cum in condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat“.

[3]) Ср. кромѣ того l. 129 D. de V. O. 45. 1, § 11 I de her. inst. 2. 14, l. 78 § 1 D. de cond. 35. 1; l. 101 § 1 eod.; l. 101 § 2 eod.; l. 11 § 11 D. de leg. III° 32, l. 15 D. quando dies 36. 2, l. 5 D. de don. quae sub modo 8. 55; l. 68 D. de sol. 46. 3; l. 76 D. cond. 35. 1, l. 51 § 1 D. de leg. II° 31; l. 2. 10. 11. 19 pr. l. 29. 68. 91 D. de cond. 35. 1, l. 45 § 2 D. de leg. II° 31, l. 7 C. de inst. et subst. 6. 25, l. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1; l. 23 l. 44 § 8 l. 54 § 1 l. 56 l. 112 § 2 D. de cond. 35. 1, l. 6 C. de cond. ins. 6. 46, l. 13 pr. § 1. 2 D. de manum. test. 40. 4 (Убеллоде die Lehre von den untheilbaren Obligationen стр. 120, 121). Ср. тоже l. 5 § 4 l. 85 § 6 D. de V. O. 45 1, l. 25 § 13 D. fam. erc. 10. 2, l. 4 § 1 D. de V. O. (§ Cato) и съ этимъ Уббеллоде в. п. с. стр. 124—143. Мюленбрухъ Forts. von Glück XLI стр. 129 и сл. Майеръ die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 36. 39. Вангеровъ II § 435 прим. 1.

[4]) Слѣдовательно, здѣсь идетъ рѣчь о т. н. condicio mixta, то-есть, о такомъ условіи, осуществленіе коего не зависитъ ни отъ одной воли управомоченнаго (cond. potestativa) ни отъ одного случая (cond. casualis). Это дѣленіе встрѣчается въ l. un. § 7. C. de cad. toll. 6. 51.

не одной готовности совершить это дѣяніе, слѣдовательно одна готовность къ дѣянію не можетъ удовлетворить условію [5]). Но можетъ случиться, что тотъ, кто обязанъ былъ дѣйствовать, дѣйствительно сталъ дѣйствовать, но не могъ выполнить требуемаго дѣянія вслѣдствіе внѣшнихъ, независящихъ отъ его воли обстоятельствъ. Въ такомъ случаѣ, по отношенію къ предсмертнымъ распоряженіямъ признано, что для исполненія воли наслѣдодателя и этого достаточно; это можно выразить такъ: если тотъ, кто по условію долженъ былъ совершить извѣстное дѣяніе, сдѣлалъ съ своей стороны все, чтобы исполнить это дѣяніе, то условіе считается осуществившимся [6]). Впрочемъ, правило это опи-

---

[5]) Правило c. 66 R. I. in VI°: „cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus condicio impleatur, haberi debet perinde ac si impleta fuisset“, въ такой всеобщности всѣми признается невѣрнымъ. Хотя оно и заимствовано изъ римскаго права (l. 23 D. cond. inst. 28. 7), но здѣсь оно можетъ быть исправлено при посредствѣ другихъ, болѣе точныхъ мѣстъ, приведенныхъ въ слѣдующемъ примѣчаніи. Ср. Зейф. Arch. III 152. Нѣтъ никакого смысла въ томъ мнѣніи (Мюленбрухъ въ Fortsetzung von Glück XLI § 1462 вн., В. Зелль Versuche II стр. 214. 215. 227. 228), будто, по крайней мѣрѣ при потестативныхъ условіяхъ, достаточно истинной воли для осуществленія; ибо истинное потестативное условіе не можетъ быть подавлено случаемъ. Если же подъ потестативнымъ условіемъ разумѣть то условіе, при коемъ истинная воля наслѣдодателя направлена лишь на готовность къ осуществленію, то это весьма справедливо, но вѣдь разумѣется это само собою. Ср. Маасена civil. Erörterungen (1854) стр. 3. 4. 20 и сл. Столь же мало основательно выставленное другимъ (В. Зелль Versuche стр. 172. 215—227, Мюленбрухъ Forts. von Glück. XLI стр. 221, Виндшейдъ Voraussetzung стр. 185 прим. 10) правило, что (при condicio mixta) для осуществленія достаточно одной готовности; по крайней мѣрѣ, въ томъ случаѣ, если она обнаружена была въ то время, когда еще было возможно осуществленіе условія. Что воля того, кто требуетъ дѣйствія, направлена на готовность къ дѣйствію, этого ни подъ какимъ видомъ нельзя принимать за правило (ср. прим. 8) Маасенъ в. п. с. стр. 4.

[6]) Въ источникахъ положеніе это признано относительно того случая, когда дѣйствіе, постановленное условіемъ, не можетъ быть совершено безъ участія третьяго лица, а это лицо отказываетъ въ своемъ участіи. L. 5 § 5. D. quando dies 36. 2. „Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quominus impleatur, sed aut per heredem, aut per eius personam, in cuius persona iussus est parere condicioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur“. Ср. тоже l. 78. pr. D. de cond. 35. 1. Примѣры: кому-либо надлежитъ дать что нибудь, но онъ отказывается принять; какому-либо лицу слѣдуетъ вступить въ бракъ, но оно отказывается отъ этого. Эти и другіе примѣры въ l. 3. 11. 23. D. de cond. inst. 28. 7, l. 14, 31. 40 pr. l. 84. 101 § 4. D. de cond. 35.

рается лишь на толкованіи воли; позволительно принять, что такъ желалъ, вѣроятно самъ наслѣдодатель [7]), но нельзя не согласиться что въ какомъ-либо данномъ случаѣ толкованіе можетъ привести и къ иному результату, и притомъ какъ къ тому, что наслѣдодатель желалъ именно выполненія даннаго дѣянія, такъ и къ тому, что онъ желалъ одной готовности [8]) къ выполненію его. Что ка-

---

1. l. 30 § 5 D. de leg. III° 32, l. 13 pr. D. de annuis 33. 1, l. 1 C. de inst. et subst. 6. 25, ср. l. 40 pr. D. de cond. 35. 1. Иное дѣло, когда данное лицо ранѣе умираетъ, такъ что дѣйствіе не можетъ быть даже начато; тутъ нельзя уже сказать, что условно управомоченный сдѣлалъ все съ своей стороны, l. 23 § 2 D. ad. leg. Aq. 9. 2, l. 31. 94 pr. l. 112 § 1 D. de cond. 35. 1, l. 20 § 3 D. de statulib. 40. 7, l. 4 C. de cond. ins. 6. 46. Не требуется, чтобы дѣйствіе, имѣющее совершиться при участіи третьяго лица, доставляло этому послѣднему какую-нибудь выгоду, и потому правило по примѣру Савиньи (III § 119) выставляемое многими (наприм. Пухтою § 60, Синтенисомъ I стр. 176, Вехтеромъ II стр. 694), что условіе считается осуществившимся, когда тотъ, на выгоду коего было разсчитано осуществленіе условія, добровольно отказывается отъ нея, хотя и вѣрно, но слишкомъ узко; да и въ источникахъ такого правила нигдѣ нѣтъ, оно не высказано и въ l. 24 D. de cond. 35. 1. (см. прим. 10). Но спрашивается, нельзя ли, по крайней мѣрѣ, остановиться на томъ положеніи, что условіе считается осуществившимся, когда необходимое для его осуществленія содѣйствіе третьяго лица отклоняется. Таково именно воззрѣніе Маасена в. п. с. стр. 5 и сл. Но по моему мнѣнію, въ этомъ положеніи можно видѣть выраженіе общаго правила, указаннаго въ текстѣ. За болѣе тѣсное пониманіе недавно снова Арндтсъ § 69 прим. 3. Ср. еще Унгера oesterr. Erbrecht § 16 прим. 16. Геттингъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. I стр. 315 и сл. Майеръ die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 38. 39 в. к. Вангеровъ II § 435 прим. 2.

[7]) L. 23 D. de cond. inst. 28. 7: — „plerumque enim haec condicio si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit, ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat det aut faciat".

[8]) Послѣднее толкованіе самое убѣдительное, если за неисполненіе дѣйствія положено наказаніе, l. 6 pr. l. 101 pr. D. de cond. 35. 1. Далѣе когда въ качествѣ условія назначено оставаться у извѣстнаго лица, то въ случаѣ сомнѣнія здѣсь слѣдуетъ понимать неоставленіе другаго лица, такъ что условіе должно считаться осуществившимся даже и въ томъ случаѣ, когда данное лицо умерло или умираетъ, l. 20 pr. D. de annuis 33.1, l. 13. § 1 l. 18 § 1. 2 l. 20 § 3 D. de alim. 34. 1, l. 84 D. de cond. 35. 1. (Противъ того объясненія этихъ мѣстъ, которое основывается на поощреніи алиментовъ, говоритъ l. 10 pr. de annuis 33. 1. Ср. l. 13. § 1 D. eod.). Также и l. 54 § 2 D. de leg. I° 30. коему прямо противное заключается въ l. 23 § 2 D. ad. leg Aq. 9. 2, слѣдовало бы объяснять предполагаемою волей наслѣдодателя, если не держаться не совсѣмъ удачной и притомъ съ § 1 несовмѣстимой догадки Савиньи (III стр. 148)

сается распоряженій между живыми, то въ источникахъ вовсе не разрѣшается предложенный вопросъ, и потому крайне опасно примѣнять сюда вышеозначенное правило [9]).

Правило, что условіе должно считаться осуществившимся, если осуществленію его недобросовѣстнымъ образомъ воспрепятствовалъ получающій выгоду отъ его неисполненія, основано не на толкованіи воли, а на положительномъ законѣ [10]).

---

mora вмѣсто *mors*. Далѣе сюда относится l. 39 § 4 D. de statulib. 49. 7 (ex testamento! ср. l. 20 § 3 eod.), а быть можетъ, и l. 54 § 1 D. de leg. I° 30 и l. 28 pr. D. de cond. 35. 1, изъ коихъ по крайней мѣрѣ первый (l. 54 § 1 D. de leg. I°) повидимому держится другаго взгляда (ср. § 2 eod.), чѣмъ l. 72 § 4 D. de cond. 35. 1. (Особое пониманіе условія личнаго освобожденія основано уже не на толкованіи воли, но на положительномъ законѣ [constitutum ius], Ulp. II. 6, l. 3 pr. l. 4 § 2 l. 20 § 3 l. 28 pr. D. de statul. 40. 7, l. 55 pr. D. de manum. test. 40. 4, l. 94 pr. D. de cond. 35. 1, l. 7 C. de cond. ins. 6. 46). Ср. тоже Вангерова II § 435 прим. 2 № 2.

[9]) Впрочемъ, можно спросить, нельзя ли предсмертныя распоряженія поставить наравнѣ съ дареніями, такъ какъ и то и другое содержатъ въ себѣ безмездное предоставленіе. Что дѣйствительно эта безмездность есть основаніе того, почему допускается свободное толкованіе при предсмертныхъ распоряженіяхъ, это доказывается l. 7 D. de fideic. lib. 40. 5, требующимъ непремѣннаго исполненія дѣйствія, когда предсмертное распоряженіе по исключенію не содержитъ въ себѣ безмездность. Хотя въ этомъ мѣстѣ говорится не объ условіи, а о предположеніи (modus), но распространить его опредѣленіе на условіе дозволительно не только вообще вслѣдствіе сродства между условіемъ и предположеніемъ, но и въ особенности потому, что тамъ, гдѣ предсмертное распоряженіе дѣйствительно содержитъ въ себѣ безмездность, предположеніе въ разсматриваемомъ отношеніи обезпечивается какъ условіе (§ 100 прим. 7).—Но если говорится, что указанное въ текстѣ правило не можетъ быть прямо распространено на волеизъявленія между живыми, то этимъ еще не исключается то, что въ особыхъ обстоятельствахъ толкованіе и при нихъ можетъ привести къ тому результату, что исполненіе постановленнаго условіемъ дѣйствія желаемо было не непремѣнно, какъ именно въ томъ случаѣ, когда это дѣйствіе направлено на выгоду другаго лица, при отказѣ съ его стороны условіе должно быть непремѣнно принимаемо за исполненное. Немыслимо, чтобъ ему слѣдовало навязывать выгоду.

[10]) L. 161 D. de R. I. 50. 17. „In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset“. Въ l. 161 cit. (Ульпіана) повторяется въ болѣе опредѣленныхъ выраженіяхъ мѣсто изъ одного болѣе древняго юриста (Юліана) l. 24 D. de cond. 35. 1, въ которомъ потому, слѣдуя вульгатѣ, нужно, безъ сомнѣнія, читать *non* impleri. Однако, ср. тоже Вангерова I § 94. Кромѣ поименованныхъ мѣстъ см. еще l. 50 D. de contr. emt. 18. 1, l. 85 § 7 D. de V. O. 45. 1; Ulp. II. 5, l. 3 § 9 D. de cond. c. d. 12. 4, l. 66. 81 § 1 D. de cond.

7) Въ частности, относительно особенныхъ условій.

§ 93.

Если въ смыслѣ условія постановлено, чтобы тотъ, чья воля вслѣдствіе волеизъявленія должна стать подчиненною, самъ желалъ этого подчиненія, то его воля вовсе не считается подчиненною. Подобное волеизъявленіе заключаетъ противорѣчіе въ самомъ себѣ: оно въ одно и тоже время желаетъ и подчинить и не подчинить, установить обязанность и не установлять ея. Поэтому оно ничтожно; оно не имѣетъ никакого юридическаго значенія. Если въ послѣдствіи и заявляется желаніе подчиненія, то это будетъ новое волеизъявленіе, и имъ именно порождается юридическое дѣйствіе, а не прежнимъ волеизъявленіемъ. Это одинаково прилагается какъ къ изъявленіямъ воли какъ между живыми [1]), такъ и на

---

35. 1, l. 5 § 5 D. quando dies 36. 2, l. 38 D. de statul. 40. 7. L. 38 cit.: „Non omne ab heredis persona intervenieus impedimentum statulibero pro expleta condicione cedit, sed id duntaxat, quod impediendae libertatis factum est.“. Ср. Вехтера II. стр. 694. 695; Зейф. Arch. IV. 97, X. 128. Майеръ die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 38 прим. l. 2 § 39 прим. 23.

[1]) L. 8 D. de O. et A. 44. 7, l. 17. 46 § 3 l. 108 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 7 § 93 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 13 C. eod. 4. 38. L. 46 § 3 cit. „Illam autem stipulationem, si volueris dari, inutilem esseconstat“. L. 108 § 1 cit. „Nulla promissio potest consistere, quae ex valuntate promittentis statum capit“. L. 7 pr. cit.—„neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit adstrictus‹. — Но обязательственный двусторонній договоръ не вполнѣ ничтоженъ отъ того, что одинъ изъ контрагентовъ обязался подъ такимъ условіемъ. Хотя этотъ контрагентъ не связанъ, но чрезъ то и другой не свободенъ. Ибо обязательства, порождаемыя такимъ договоромъ, зависятъ другъ отъ друга не такъ, чтобъ одно могло существовать безъ другаго, но такъ, что они существуютъ отдѣльно, но только ни одна изъ сторонъ не можетъ требовать исполненія, не исполнивъ съ своей стороны обѣщаннаго ею (ср. II § 321 прим. 2. 24 § 387 прим. 3). Въ этомъ смыслѣ именно дѣйствительность т. н. купли на пробу признается въ источникахъ несомнѣнною, § 4 I. de emt. 3. 23. Савиньи III § 117 i. видитъ въ этомъ „совершенно особое исключеніе“. Другіе старались согласить это съ изложеннымъ здѣсь правиломъ другими способами; особенно живо обсуждался этотъ предметъ въ послѣднее время. См. Гольдшмидта Zeitschr. f. Handelsr. I. стр. 266—279, Фиттинга тамъ же II стр. 226—240 и V. 3. Arch. f. civ. Pr. XLVI. стр. 260 и сл., Унгера Zeitschr. f. Handelsr. III. 7 и ниже прим. 4 и 6. Ср. тоже II § 387 абз. 2 и Арндтса 301 прим. 5.

случай смерти [2]), какъ къ резолютивнымъ, такъ и къ суспензивнымъ условіямъ [3]). Безразлично даже и то, по буквальному ли смыслу или вообще по смыслу условія, исполненіе его предоставлено на волю тому, чье подчиненіе имѣется въ виду [4]). — Иное

---

[2]) L. 11 § 7 D. de leg. III° 32, l. 46 § 3 D. de fideic. lib. 40. 5.

[3]) Поэтому если къ договору купли-продажи прибавлено условіе nisi emtori displicuisset (res), и покупатель пользуется потомъ уступленнымъ ему правомъ, то сдѣланныя имъ въ промежуточное время распоряженія о вещи не теряютъ оттого своей силы, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6. Покупатель вовсе не былъ связанъ (относительно прекращенія договора); вещь поступаетъ обратно къ продавцу не въ силу прежняго, а въ силу теперешняго волеизъявленія покупателя. Виндшейдъ Arch. f. civ. Pr. XXXV стр. 54.—Фиттингъ Zeitschr. f. Handelsr. II стр. 240 и сл. принимаетъ, что такое условіе имѣетъ лишь обязательственное дѣйствіе, Дернбургъ Pfandr. I стр. 215, что оно относится лишь къ обязательственному договору, а не къ передачѣ.

[4]) Противное утверждаетъ Фиттингъ (прим. 1 въ к.); по его мнѣнію, ничтожность волеизъявленія наступаетъ лишь тогда, когда и по своему буквальному смыслу условіе поставлено въ зависимостъ исключительно отъ желанія лица, имъ связаннаго. Такъ Фиттингъ пытается оправдать дѣйствительность купли на пробу (прим. 1); предоставленное покупателю изъявленіе касается по своему смыслу того, желалъ ли онъ купить, а буквально того, нравится ли ему купленная вещь. Если сказанное въ прим. 1 вѣрно, то устраненно и затрудненіе, которое Фиттингъ хочетъ обойти съ помощью своей гипотезы. Изъ остальныхъ, приводимыхъ имъ доводовъ, по моему мнѣнію, совершенно безсильны l. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1 (см. прим. 6 въ к.) и l. 11 § 5 D. de leg. III° 32 (правда, распоряженіе наслѣдодателя: ты долженъ, если не скажешь нѣтъ, содержитъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе, но никакого противорѣчія нѣтъ въ распоряженіи: ты долженъ, если тотчасъ же не скажешь нѣтъ. Впрочемъ ср. также Унгера oesterr. Erbrecht § 57 прим. 1, Вангеровъ II § 437 прим. № 3, Арндтса Forts. von Glück XLVI стр. 354 и сл.), малодоказательны l. 68 D. de her. inst. 28. 5, l. 52 D. de cond. 35. 1 (при заявленіи, что отказъ имущества по содержанію, а не по формѣ можетъ быть обусловленъ волею, наше воззрѣніе легко можетъ быть весьма состоятельно), болѣе доказательно l. 46 § 2 D. de V. O. 45. 1. Но и относительно этого мѣста нужно принять въ соображеніе, что кто предоставляетъ на произволъ обязаннаго „когда“ (wann) (здѣсь говорится о стипуляціи съ прибавкою: cum volueris), тотъ тѣмъ самымъ не хочетъ еще поставить въ зависимость отъ его произвола будетъ-ли, и что если обязанный, постоянно ссылаясь на то, что въ настоящую минуту онъ еще не обязанъ исполнить, на дѣлѣ и можетъ сдѣлаться не обязаннымъ, то по истинной волѣ возлагающаго на него обязанность онъ вовсе не будетъ не обязаннымъ. Полагали, что при стипуляціяхъ не слѣдуетъ давать силу этой истинной волѣ вопреки буквальному смыслу волеизъявленія; но при фиденкомиссахъ это было сдѣлано (l. 11 § 6 l. 41 § 13 D. de leg. III° 32) путемъ толкованія, котораго

дѣло, если условіемъ будетъ поставлено дѣяніе того, чья воля подчинена (точнѣе говоря: дѣяніе, отдѣльное отъ выраженнаго желанія, чтобы наступило подчиненіе воли), хотя бы совершеніе или несовершеніе этого дѣянія вполнѣ зависѣло отъ его произвола. Хотя и здѣсь выходитъ, что установляемое волеизъявленіемъ подчиненіе воли наступитъ лишь тогда, когда онъ захочетъ того; но все-таки наступленіе такого послѣдствія поставлено въ зависимость не отъ того, чтобы онъ желалъ этого наступленія, а отъ того, чтобы онъ желалъ чего-то иного. О внутреннемъ противорѣчіи волеизъявленія здѣсь и рѣчи быть не можетъ; кто говоритъ: я хочу, чтобъ это было, когда мнѣ надлежало хотѣть, чтобъ это было, тотъ играетъ словами; а кто говоритъ: я хочу, чтобъ это было, когда мнѣ надлежало хотѣть, чтобы другое было, тотъ говоритъ нѣчто очень разумное. А потому и изъявленіе воли въ послѣднемъ случаѣ не будетъ ничтожно; если потомъ и наступитъ поставленное условіемъ желаніе, то на этомъ именно изъявленіи воли будетъ основываться возникшее теперь юридическое дѣйствіе, подобно тому какъ оно еще до этого порождаетъ обязательство (Gebundenheit), вытекающее изъ условнаго изъявленія воли (§ 89 въ к.) [5]). Но условіе дѣянія (желанія другаго) должно

не рѣшились провести послѣдовательно до конца (l. 11 § 6 cit. въ концѣ). Какъ бы то ни было я считаю l. 46 § 6 cit. недостаточнымъ для того, чтобы довѣрять буквѣ слова, котораго внутренній смыслъ не сталъ для меня яснѣе чрезъ доводы Фиттинга (Zeitschr. V. стр. 148 и сл. Arch. стр. 273—275). Что касается стипуляцій, то ср. между прочимъ l. 41 pr. l. 81 pr. l. 94. 111 D. de V. O. 45 1. Вангеровъ II § 435 прим. № 1, Арндсъ Fortsetz. von Glück XLVI стр. 352—355.

[5]) Доказательство въ пользу сказаннаго въ текстѣ заключается, вопервыхъ, въ безспорной дѣйствительности обѣщанія штрафа на случай извѣстнаго дѣянія или упущенія, вовторыхъ, по отношенію къ предсмертнымъ распоряженіямъ, въ l. 3 D. de leg. II° 31. „Si ita legetur: heres dare damnas esto, si in capitolium non ascenderit, utile legatum est, quamvis in potestate eius sit, ascendere vel non ascendere“. Игеринга Jahrb. f. Dogm. X стр. 300 и сл. Впрочемъ затрудненіе является въ l. 43 § 2 D. de leg. I° 30 („Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest“), такъ какъ здѣсь, если только это мѣсто согласуется съ остальнымъ содержаніемъ компиляціи, подъ voluntas слѣдуетъ разумѣть произвольное дѣйствіе, ибо по l. 52 D. de cond. 35. 1, ср. l. 68 D. de her. inst. 28. 5, отказъ не можетъ быть поставленъ въ зависимость и отъ одной воли третьяго лица. Объяснять это мѣсто запрещеніемъ legatum poenae nomine relictum (ср. Вангерова II § 432 прим. № 1) едва

быть лишь прикрытіемъ желанія (желанія юридическихъ послѣдствій изъявленія воли); волеизъявитель долженъ смотрѣть на дѣяніе, поставленное условіемъ, какъ на нѣчто зависящее отъ самостоятельныхъ соображеній, а не какъ на простое выраженіе желанія, чтобы наступило требуемое юридическое дѣйствіе [6]). Съ другой стороны возможно и то, что въ истинномъ своемъ смыслѣ условіе желанія имѣетъ въ виду не столько чистый произволъ,

---

ли возможно особенно при соображеніи l. 2 D. de his quae poenae 34. 6. Многіе полагаютъ, что авторъ l. 43 § 2 cit., Ульпіанъ, имѣлъ конечно свое собственное мнѣніе по вопросу о томъ, можетъ ли легатъ быть поставленъ въ зависимость отъ простой воли третьяго лица, при чемъ они ссылаются еще на l. 1 pr. D. de leg. III° 32 и l. 46 § 2 D. de fideic. lib. 40. 5, допускающіе однако и другое объясненіе. Ср. Майера die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 31 прим. 2. 12, Унгера Zeitschr. f. Handelsr. III стр. 399—404, Фиттинга тамъ же V стр. 199 прим. 44 стр. 168 и сл. Унгера oesterr. Erbrecht § 57 прим. 2. Другіе совершенно отвергаютъ выставленное въ текстѣ положеніе и утверждаютъ, что условіе, состоящее въ дѣйствіи условно обязаннаго, дѣлаетъ изъявленіе воли недѣйствительнымъ точно также какъ и условіе, зависящее отъ одного желанія. Ср. Синтениса I § 20 прим. 45, Фиттинга Zeitschr. f. Handelsr. V стр. 120. 124, также Гербера Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde и т. д. § 28—30. Глюкъ XXXIII стр. 446 и сл. Арндтсъ Forts. von Glück. XLVI стр. 355 и сл.

[6]) Регельсбергеръ zur Lehre vom Altersvorzuge der Pfandrechte § 17. Противъ него Фиттингъ Zeitschr. f. Handelsr. V стр. 124—126, 139. Что сказать о томъ, когда условіемъ служитъ не дѣяніе, но чисто внутреннее настроеніе даннаго лица, наприм. что онъ чѣмъ-нибудь доволенъ? Если принять такое условіе въ его буквальномъ смыслѣ, то окажется, что оно столь же мало внесетъ противорѣчія въ изъявленіе воли, какъ и условіе дѣянія, такъ какъ оно простирается на нѣчто иное чѣмъ желаніе юридическаго дѣйствія, вытекающаго изъ волеизъявленія. Иной вопросъ въ томъ, слѣдуетъ ли принимать его въ буквальномъ смыслѣ, не слѣдуетъ ли понимать его такъ, что оно, согласно мнѣнію волеизъявителя, простирается на изъявленіе удовольствія, не подлежащее уже никакому дальнѣйшему контролю, какъ это доказываетъ Фиттингъ Zeitschr. f. Handelsr V стр. 86 и сл. относительно условія si placuerit (res emta), защищая господствующее мнѣніе противъ Унгера тамъ же III. 7. Если такъ, то условіе будетъ поставлено дѣйствительно на волю обязываемаго лица. Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать и . 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1. (Продажа раба, „Si rationes domini computasset arbitrio“; если arbitrium понимать какъ чистый arbitrium, то господинъ во всякое время можетъ сказать, что расчетъ сдѣланъ не такъ, какъ онъ хотѣлъ, даже и въ томъ случаѣ, когда онъ явно одобрилъ расчетъ; кто знаетъ, можетъ быть онъ сдѣлалъ это изъ сожалѣнія, намѣренія подарить, и т. п.)

сколько разумное и справедливое усмотрѣніе; такъ какъ послѣднее опредѣляется объективно, то такое условіе, подобно всякому другому, будетъ связывать волю [7]).

Противорѣчіе въ самомъ изъявленіи воли бываетъ также и при т. н. мнимыхъ условіяхъ (perplexe Bedingungen), то-есть, при условіяхъ, требующихъ такого факта, съ коимъ несовмѣстно желаемое юридическое дѣйствіе; а потому и они дѣлаютъ изъявленіе воли ничтожнымъ [8]).

§. 94*).

Невозможныя условія уже по самому своему понятію рѣшительно и тотчасъ дѣлаютъ волеизъявленіе безсильнымъ (§ 87); впрочемъ римское право приписывало имъ такое вліяніе лишь при волеизъявленіяхъ между живыми [1]), что же касается до волеизъявленій на случай смерти, то въ немъ сложилось воззрѣніе, что тутъ невозможныя условія должны считаться вовсе не присовокупленными къ волеизъявленію [2]). Это общее положеніе подчиняется слѣдующимъ правиламъ. Оно примѣняется лишь къ тѣмъ условіямъ, осуществленіе коихъ невозможно съ самаго момента изъявленія воли, а не къ тѣмъ, кои становятся невозможными

---

[7]) L. 7 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 75 pr. D. de leg. I) 30, l. 11 § 7 D pe leg. III. 32, l. 46 pr. § 3. D. de fideic. lib. 40. 5, l. 22 § 1. D. de R. I. 50. 17. Фиттингъ Zeitschr. f. Handelsr. V стр. 91—95, 141.

[8]) L. 16 D. de cond. inst. 28. 7. «Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto». Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit. L. 39 D. de manum. test. 40. 4. Ср. l. 88 pr. D. ad. leg. Falc. 35, 2.

*) B. Зелль die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (Versuche im Gebiete des Civilrechts, часть 2, 1834).

[1]) § 11 I. de inut stip. 3. 19, l. 9 § 6. D. de R. C. 12. 1, l. 1 § 11. l. 31 D. de O. et A 44. 7, l. 7. 137 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 29 D. de fidei 46. 1.

[2]) Gai. III. 98, § 10 I. de her. inst. 2. 14, l. 16 i. f. D. de iniusto 28. 3, l. § 94. 20 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 3 l. 4 § 1 D. de cond. 35. 1. Gaius l. c.:— „legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea condicio adiecta non esset; diversae scholae auctores non minus legatum inutile exstimant, quam stipulationem. Et sane vix idonae diversitatis ratio reddi potest". L. 3 cit (Ulpianus). „Obtinuit, impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas". О смыслѣ этого см. Зелля стр. 38 и сл., Мюленбруха zu Glück XLI стр. 79 и сл., Савиньи III § 124, Фиттинга Arch. f. civ. Pr. XXXIX стр. 322. Ср. тоже прим. 16. Майеръ die Lehre von den Legaten und Fideicommissen § 31 прим. 10. 11.

лишь впослѣдствіи [3]), и притомъ лишь къ тѣмъ, которыя невозможны постоянно, а не только въ моментъ изъявленія воли [4]). Съ другой стороны, оно примѣняется не только къ безусловно невозможнымъ условіямъ, то-есть, къ такимъ, осуществленіе коихъ невозможно во всякомъ случаѣ, но и къ относительно невозможнымъ, то-есть, къ такимъ, осуществленіе коихъ невозможно лишь по отсутствію въ данномъ случаѣ того, что необходимо для ихъ осуществленія [5]); къ невозможнымъ приравниваются даже такія условія, осуществленіе коихъ хотя и возможно само по себѣ, но сопряжено съ чрезвычайными, непреодолимыми при обыкновенномъ порядкѣ вещей затрудненіями [6]). Далѣе, совершенно безразлично, было ли осуществленіе условія невозможно всегда, или стало невозможнымъ лишь предъ изъявленіемъ воли [7]), равно какъ и то, зналъ ли установитель условія объ этой невозможности или не зналъ [8]).

Наравнѣ съ невозможными условіями обсуживаются и условія недозволенныя, то-есть, такія, кои сообщаютъ изъявленію воли недозволенное или предосудительное содержаніе; они точно также дѣлаютъ изъявленія воли между живыми недѣйствительными тот-

---

[3]) См. § 92.

[4]) L. 58 D. de cond. 35. 1. „Si ancillae alienae cum ea nupsisset legatum sit, Proculus ait, utile legatum esse, quia possit manumissa nubere“. Не должно быть только недозволено ожидать подобнаго рода измѣненія, ср. l. 35 § 1 l. 83 § 5 l. 137 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 34 § 2 D. de contr. emt. 18. 1 О различныхъ воззрѣніяхъ см. Зелля стр. 58 и сл., Савиньи III стр. 167. Вехтера II § 96 прим. 8. 9, Вангерова II § 434 прим. 1 № I. 2. b, Унгера § 82 прим. 88—92. Ср. тоже Конфельдта Lehre vom Interesse стр. 123 и сл. Майеръ в. п. с. прим. 15.

[5]) Напримѣръ: относительно опредѣленія вступить въ супружество съ извѣстнымъ лицомъ, когда это лицо уже умерло, l. 45 D. de her. inst. 28. 5, l. 104 § 1 D. de leg. I°. 30, l. 6 § 1 l. 72 § 7 D. de cond. 35. 1, l. 26 § 1 D. de statulib. 40. 7.

[6]) Савиньи (III стр. 165) удачно называетъ ихъ неудобовыполнимыми (unerschwingliche) условіями. L. 6 D. de cond. inst. 28. 7, ср. l. 4 § 1 D. de statul. 40. 7.

[7]) L. 6 § 1 D. de cond. 35. 1.

[8]) Зелль стр. 77—88, Савиньи III стр. 191—192, Вангеровъ II § 434 прим. 1 № I 2a. Ср. однако l. 4 § 1 D. de statulib. 40. 7 и съ этимъ Вангерова II § 434 прим. 1 № 11. 3, а также Савиньи III стр. 195 прим. d. стр. 203 прим. i.

часъ же, тогда какъ относительно изъявленій воли на случай смерти они считаются вовсе не высказанными [9]). Въ указанномъ смыслѣ не дозволены тѣ условія, которыя съ совершеніемъ дѣйствія запрещеннаго связываютъ выгоду [10]), а съ совершеніемъ дѣйствія предписаннаго невыгоду [11]); но сюда же относятся и тѣ условія, которыя связываютъ выгоду съ предписаннымъ дѣйствіемъ, но лишь въ томъ случаѣ, если кто-либо принимаетъ вознагражденіе за несовершеніе этого дѣйствія [12]). Далѣе, сюда относятся тѣ условія, посредствомъ коихъ оказывается незаконное вліяніе на свободу рѣшимости въ тѣхъ дѣлахъ, въ коихъ человѣкъ не долженъ дѣйствовать подъ вліяніемъ внѣшнихъ мотивовъ [13]); затѣмъ условія, способствующія безбрачію [14]); и наконецъ

---

[9]) При этомъ безразлично, основана ли недозволенность на предписаніи нравственности или на предписаніи права. L. 9. 14. 15 D. de cond. inst. 28. 7; l. 123, 137 § 6 (vv. vel id facere ei non liceat) de V. O. 45. 1.—Стало быть, недозволенное условіе (turpis condicio) не состоитъ въ томъ, что оно направлено на что-либо недозволенное. Здѣсь важно не содержаніе условія, а содержаніе условнаго волеизъявленія. Условіе, направленное на что-либо недозволенное, можетъ быть вполнѣ дозволено, если условное изъявленіе воли соединяетъ съ недозволеннымъ какое-нибудь наказаніе, l. 121 D. de V. O. 45. 1, l. 1. 2 C. si manc. 4. 56. Тѣмъ менѣе можно согласиться съ общепринятымъ прежде мнѣніемъ, будто недозволенное условіе есть собственно невозможное (нравственно невозможное). Поводомъ къ такому воззрѣнію послужило слѣдующее прекрасное изрѣченіе Папиніана, которое онъ запечатлѣлъ своею смертью: „quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est“, l. 15 D. de cond. inst. 28. 7. Ср. Арндтса Beiträge стр. 172 и сл., Савиньи III стр. 169—172, Вангерова I § 93 прим. 3 № III.

[10]) L. 123 D. de V. O. 45. 1, Paul. R. S. III. 4B § 2, l. 9. 27 pr. D. de cond. inst. 28. 7, l. 5 C. eod. 6. 25, l. un. C. de his quae poenae 6. 41.

[11]) L. 121 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 1 C. si mancipium 4. 56. Савиньи III § 122 g.

[12]) L. 7 § 3 D. de pactis 2. 14. Арндтсъ в. п. с. стр. 178, Савиньи III стр. 176—179, Вехтеръ II § 96 въ к.

[13]) Съ этой точки зрѣнія въ источникахъ объявляются недѣйствительнымъ обѣщанія наказанія подъ условіемъ, чтобы лицо не вступило въ такой-то бракъ или чтобъ оно воспользовалось своимъ правомъ развода, l. 71 § 1 D. de cond. 35. 1, l. 134. pr. D. de V. O. 45. 1, l. 19 eod., l. 2 C. de inut. stip. 8. 39; далѣе обѣщаніе награды подъ условіемъ вступленія въ такой-то бракъ, l. 97 § 2 de V. O. 45. 1 (Савиньи III § 123. i). Но не считается недозволеннымъ назначеніе въ завѣщаніи какой-либо выгоды на случай опредѣленныхъ дѣйствій

условіе, чтобы лицо, назначенное въ предсмертномъ распоряженіи, предварительно дало клятвенное обѣщаніе совершить что-либо въ будущемъ [15]).

Но все предыдущее особенное объясненіе невозможныхъ и недозволенныхъ условій при волеизъявленіяхъ на случай смерти связано съ тѣмъ предположеніемъ, что предсмертное распоряженіе дѣйствительно содержитъ въ себѣ безмездное отчужденіе какъ вообще, такъ и въ данномъ случаѣ [16]). Отсюда въ частности вы-

---

въ брачныхъ дѣлахъ, такъ что такое условіе не устраняется, l. 71 § 1 cit. „aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari“, l. 63. 64 eod.: впрочемъ, за исключеніемъ (ср. тоже слѣдующее примѣчаніе) того случая, когда выгода назначается подъ условіемъ расторженія брака, потому что тутъ примѣшивается точка зрѣнія безнравственности, l. 8 § 1 D. de usu 7. 8, l. 5 C. de cond. inst. 6. 25. Савиньи III стр. 180—184.—Въ силу той же точки зрѣнія вычеркивается прибавленное къ завѣщательному распоряженію условіе выбора опредѣленнаго мѣстопребыванія, arg. l. 71 § 2 D. de cond. 35. 1, равно какъ объявляется недѣйствительнымъ и обѣщаніе неустойки на тотъ случай, когда о наслѣдствѣ не будетъ сдѣлано извѣстное распоряженіе, l. 61 D. de V. O. 45. 1 (при изъявленіяхъ воли на случай смерти относится сюда запрещеніе завлекательныхъ распоряженій, см. ниже въ наслѣдственномъ правѣ). Наконецъ, въ силу той же точки зрѣнія недозволеннымъ слѣдуетъ считать и такое изъявленіе воли, которое предназначено къ тому, чтобы наградою или наказаніемъ вліять на рѣшимость къ перемѣнѣ или не перемѣнѣ вѣроисповѣданія, такъ что какъ изъявленіе воли между живыми оно ничтожно, а какъ изъявленіе воли на случай смерти оно становится дозволеннымъ чрезъ устраненія условія. Впрочемъ воззрѣнія здѣсь весьма различны, ср. Вангерова I стр. 138 и приведенныхъ у него писателей, кромѣ того Вехтера § 96 прим. 18, Бекинга I § 112 прим. 17, Унгера II стр. 86. 87.

[14]) По прямому опредѣленію lex Julia et Papia Poppaea, l. 22. 63 § 1 l. 64. 72 § 4 l. 77 § 2 l. 79 § 4 D. de cond. 35. 1, l. 100 eod. Ср. Вехтера II § 96 прим. 17, Вангерова I стр. 139 II § 434 прим. 1 № I. 3. Иначе смотритъ позднѣйшее римское право на условіе невступленія во второй бракъ: оно относится къ нему одобрительно, l. 2. 3 C. de ind. vid. 6. 40, Nov. 22 c. 43. 44.

[15]) Condicio iurisiurandi. Условіе превращается здѣсь въ обязанность (modus). L. 8 D. de cond. inst. 28. 7, l. 20 l. 26 pr. D. de cond. 35, 1, l. 19 § 6 D. de don. 39. 5. L. 8 pr. cit. — „cum... faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemtu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequentur aut perderent, quod relictum est, praetor consultissime intervenit.“ Савиньи III стр. 185—100, Гушке Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 12 (1840). Вангеровъ II § 434 прим. 1 № I. 4.

[16]) Какъ бы впрочемъ ни понималось означенное объясненіе, во всякомъ случаѣ послѣднимъ его основаніемъ слѣдуетъ считать то, что распорядитель хотѣлъ

текаетъ, что если къ предсмертному распоряженію будетъ прибавлено невозможное условіе въ качествѣ резолютивнаго, то это распоряженіе должно сохранить силу подобно всякому другому [17]).

3. Допустимость условій.

§ 95.

Есть условія, кои не допускаются ни при какихъ юридическихъ сдѣлкахъ; таковы противорѣчивыя и недозволенныя условія (§ 93. 94). Есть юридическія сдѣлки, при коихъ не допускается только извѣстныя условія; онѣ будутъ указаны въ своемъ мѣстѣ [1]). Но есть и такія юридическія сдѣлки, при коихъ не допускается никакихъ условій; таковы эманципація (освобожденіе изъ подъ отеческой власти) и вступленіе въ наслѣдство [2]). Прибавленіе къ нимъ

передать свое имущество, а вовсе не то, что онъ сдѣлалъ такое предоставленіе ради достиженія какой-нибудь цѣли. Равнымъ образомъ при предположеніи (modus) примѣняется тоже самое объясненіе въ томъ смыслѣ, что имѣлось лишь въ виду оказать безмездную услугу назначенному лицу, l. 37 D. de cond. 35. 1. Съ другой стороны, и тутъ можно (ср. § 92 прим. 9) сказанное о предсмертныхъ распоряженіяхъ распространить на дареніе, тѣмъ болѣе, что подаренное подъ невозможнымъ предположеніемъ, какъ извѣстно, не можетъ быть потребовано обратно, не смотря на неисполненіе предположенія (§ 100 прим. 4).

[17]) Въ этомъ случаѣ условіе является условіемъ не на предоставленіе, а на лишеніе предоставленнаго. Слѣдовательно, главное распоряженіе остается въ силѣ, какъ если бы къ нему не было прибавлено никакого условія. Если резолютивное условіе безнравственно, то и тутъ все зависитъ отъ того, станетъ ли содержаніе распоряженія чрезъ это условіе недозволеннымъ или нѣтъ. Ср. также Савиньи III стр. 192—193, Унгера II § 82 прим. 94, Вехтера II стр. 724, Вангерова I стр. 135 вн. 137. 138. Майеръ в. п. с. § 34. 35; ср. III § 635 прим. 11.

[1]) Такъ, напримѣръ, съ назначеніемъ наслѣдника не совмѣстимо резолютивное условіе, съ назначеніемъ же необходимаго наслѣдника совмѣстимо только такое (суспензивное) условіе, осуществленіе коего зависитъ единственно отъ его воли. Ср. Маасена civil. Erörterungen стр. 11—18. § 95.

[2]) L. 77 D. de R. I. 50. 17 (Papinianus). „Actus legitimi, qui [non] recipiunt diem vel condicionem, veluti [e]mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum viciantur per temporis vel condicionis adiectionem“. Ср. c. 50 de R. I in VI° 5. 13. Помѣщеннаго въ скобкахъ нѣтъ въ флорентинской рукописи (Florentina). Понятіе actus legitimi остается неяснымъ (ср. Иеринга Geist. des röm. R. II стр. 681 прим. 920), такъ что всякое распространеніе предписанія l. 77 на основаніи этого понятія представляется неумѣстнымъ. Вмѣсто emancipatio Папиніанъ, безъ сомнѣнія, написалъ manci-

какого-нибудь условія, не только истиннаго, но и неистиннаго, влечетъ за собою ничтожность этихъ юридическихъ сдѣлокъ [3]).

b) НАЗНАЧЕНІЕ СРОКА *).

§ 96.

Подъ назначеніемъ срока (Befristung, Betagung) разумѣется извѣстное добавленіе къ изъявленію воли о томъ, чтобы желаемое

---

patio; о ней и въ другихъ мѣстахъ говорится, что она не допускаетъ никакого условія, Vat. Fr. § 329. (О томъ, какъ разсматривалось въ этомъ отношеніи in iure cessio, см. тамъ же § 48—50). Недопустимость условія при acceptilatio объясняется изъ ея словеснаго смысла; нѣтъ смысла, если сказать: я принялъ, но лишь на тотъ или другой случай. Но того же нельзя сказать о томъ, что нынѣ соотвѣтствуетъ acceptilatio, именно о квитанціи (Quittung). Что касается servi optio, то есть, выбора того, кому отказана вещь, которую онъ долженъ выбрать изъ вещей наслѣдодателя, то недопустимость условія при немъ имѣетъ вѣроятно тотъ смыслъ, что условный выборъ не исключалъ прекращенія отказа вслѣдствіе смерти отказопринимателя (§ 23 I de leg. 2. 20). Но по юстиніанову праву отказъ съ правомъ выбора переходитъ къ наслѣдникамъ и безъ выбора; если бы это положеніе имѣло какой-нибудь смыслъ и теперь, то его слѣдовало бы понимать такъ, что отказопринимать не связанъ условнымъ выборомъ. Но это-то и представляется крайне сомнительнымъ; почему же онъ не долженъ быть связанъ? Наконецъ, подъ tutoris datio слѣдуетъ понимать назначеніе tutor (опекуна) не по завѣщанію, а по распоряженію начальства (l. 6 § 1 D. de tut. 26. 1, l. 8 § 1. 2 D. de test. tut. 26. 2), такъ что сюда оно не относится. Ср. о l. 77 cit. вообще еще Эльверса die röm. Servitutenlehre стр. 179. 180, Фиттинга Arch. f. civ. Pr. XXXIX стр. 430—347.—Не относится ли сюда и tutoris auctoritas? L. 8 D. de auct. tut. 26. 8; Игерингъ Geist des röm. R. II стр. 682 прим. 921. Установленіе сервитута? L. 4 D. de serv. 8. 1; Шрадеръ civil. Abhandlungen стр. 324—332, Эльверсъ die röm. Servitutenlehre § 19, и ниже § 212 прим. 9. Относительно брака см. c. 5. 7 X de cond. appos. 4. 5.

[3]) l. 77 cit. продолжаетъ: „Nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt. Nam si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intellegitur, si obligationis condicio exstiterit; quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.“ L. 51 § 2 D. de A. v. O. H. 29. 2. „Sed si quis ita dixerit: si solvendo hereditas est, adeo hereditatem, nulla aditio est.“ Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. XXXIX стр. 311. 339 и сл.

*) Савиньи III § 125—127, Вехтеръ II § 97, Сиптенисъ I стр. 177—181, Унгеръ II § 83.

юридическое дѣйствіе наступило лишь съ извѣстнымъ моментомъ времени. Если это желаемое юридическое дѣйствіе состоитъ въ прекращеніи юридическаго дѣйствія другаго современнаго ему изъявленія воли, то говорятъ о резолютивномъ, разрушающемъ срокѣ, подобно тому какъ въ соотвѣтствующемъ случаѣ говорилось о резолютивномъ условіи, во всякомъ же другомъ случаѣ говорятъ о суспензивномъ, отлагательномъ срокѣ [1] [2]).

Дѣйствіе срока опредѣляется его содержаніемъ; срокъ отодвигаетъ наступленіе юридическаго дѣйствія, имѣющаго возникнуть изъ изъявленія воли, до назначеннаго момента времени. Стало быть, при резолютивномъ срокѣ юридическое дѣйствіе главной сдѣлки до этого момента существуетъ вполнѣ, при суспензивномъ же юридическое дѣйствіе до этого момента пока еще не существуетъ [3]). Но съ другой стороны и при суспензивномъ срокѣ

---

[1]) Обыкновенно говорятъ: dies a quo—dies ad quem. Источники говорятъ: правоотношеніе установлено a die или in diem—ad diem. Объ in diem ср., напримѣръ, § 2 I. de V. O. 3. 15, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 22 D. de cond. inst. 28. 7;—отдѣльно l. 44 § 1 D. de O. et A. 44. 7. § 96.

[2]) Къ опредѣленію сущности резолютивнаго срока вполнѣ приложимо все то, что имѣетъ силу для резолютивнаго условія. Слѣдовательно, если резолютивное условіе есть только волеизъявленіе съ суспензивнымъ условіемъ, присоединенное къ другому современному ему изъявленію воли (§ 86 прим. 6), то и резолютивный срокъ есть волеизъявленіе подъ суспензивнымъ срокомъ, присоединенное къ другому современному съ нимъ волеизъявленію. Наоборотъ, суспензивный срокъ настолько же не есть особое волеизъявленіе, какъ и суспензивное условіе; подобно послѣднему онъ есть видоизмѣненіе волеизъявленія, къ коему онъ присоединенъ; равнымъ образомъ и срочное волеизъявленіе не есть изъявленіе сначала одной, а потомъ другой воли, но изъявленіе единой, такимъ образомъ опредѣленной воли. Сообразно съ этимъ и къ обязанности доказывать прилагается тоже, что и къ условію, то-есть ссылающійся на резолютивное условіе долженъ доказать его, тогда какъ суспензивнаго нѣтъ надобности доказывать. Другаго мнѣнія относительно суспензивнаго срока Унгеръ II § 83 прим. 3 и österr. Erbrecht § 17 прим. 1, Байеръ Vorträge стр. 739, Вецель Civilproc. § 19 въ к.; того же мнѣнія Арндтсъ krit. VJSchr. V стр. 14 и сл. Точно также въ приведенныхъ у Зейф. Arch. III 222, V 239 судебныхъ рѣшеніяхъ ссылающійся на резолютивный срокъ освобождается отъ обязанности доказывать его.

[3]) L. 41 § 1 D. de V. O. 45. 1: — „dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur“. Gai III 124. IV. 131, l. 76 § 1 l. 89 D. de V. O. 45. 1, l. 46 D. de leg. II° 32, l. 9 pr. D. qui pot. 20. 4, l. 14 D. de R. I° 50. 17; l. 1 § 1. D. de cond. 35. 1, l. 45 § 1 D. de leg. II° 31; l. 23 § 1 D. de manum. test. 40. 4 Кирульфъ Entscheidungen des OAG. zu Lübeck III стр. 54 и сл.

нѣтъ никакого сомнѣнія, что желаемое юридическое дѣйствіе осуществится въ будущемъ, существованіе его уже не можетъ быть вопросомъ [4]), слѣдовательно, можно также сказать, что оно существуетъ тотчасъ же, но пока еще не можетъ быть осуществлено [5]). Съ наступленіемъ назначеннаго момента времени наступаетъ

---

[4]) Gai. III 124:—„pecunia, quam in diem certum dari stipulamur.... certum est, eam debitum iri, licet post tempus petatur". L. 9 § 2 D. usufr. quemadm. 7. 9:—„si ex die proprietas alicui legata sit,.... quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventurum". L. 1 § 1 D. de cond. 35. 1. „Cum dies certus adscriptus est (sc. legatis), quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt, quia certum est, ea debitum iri". L. 73 § 4. D. ad leg. Falc. 35. 2, ср. l. 8 § 1 D. de nov. 46. 2. Только эту несомнѣнность будущаго пріобрѣтенія срочнаго отказа и означаютъ слова: dies eius cedit statim post mortem testatoris; доказательствомъ тому служитъ то, что лишь только это будущее пріобрѣтеніе въ силу другихъ основаній становится невѣрнымъ, то и dies cedens отодвигается до дѣйствительнаго пріобрѣтенія. L. 2. 3. 5. § 1 D. quando dies 36. 2, l. un. § 3 D. quando dies usufr. 7. 3, l. 18 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 26 D. de stip. serv. 45. 3. Во всякомъ случаѣ съ dies legati cedens не получитъ дѣйствительнаго бытья и право, доставляемое отказомъ, l. 9 § 2 D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 72 § 5 D. de cond. 35. 1, l. 69 pr. D. de leg. I° 30, l. 80 D. de leg. II° 31, l. 7 § 6 l. 8 l. 17 D. quando dies 36. 2.

[5]) § 2 I. de V. O. 3. 15:—„quod in diem stipulamur statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest." L. 46 pr. D. de V. O. 45. 1. „Centesimis Kalendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio". L. 7 pr. D. de compens. 16. 2, l. 9 D. ut leg. 36. 3, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16.—Господствующее воззрѣніе (см. впрочемъ также Тибо Pand. § 95, Мюленбруха doctrina pandect. I § 110 [но также Fortsetzung von Glück XLI стр. 56], Синтениса I § 21 прим. 14, именно Унгера II стр. 89—91, а за нимъ Арндтса § 73 прим. 6,—тоже мнѣніе, подъ условіемъ различія вещныхъ и обязательственныхъ правъ, у Фрица Erläuterungen I стр. 197, и Вангерова 7 изд. I стр. 146. 148) прямо опредѣляетъ дѣйствіе суспензивнаго срока такъ, что онъ отодвигаетъ на будущее время только осуществленіе, а не самое существованіе предоставленнаго права. Это противорѣчитъ содержанію срочнаго волеизъявленія и потому по необходимости должно привести къ путаницѣ. Кто говоритъ: ты долженъ стать собственникомъ съ 1-го числа будущаго мѣсяца, тотъ, конечно, не говоритъ: ты долженъ тотчасъ же стать собственникомъ. А потому слѣдуетъ отправляться отъ того воззрѣнія, что суспензивный срокъ отодвигаетъ на будущее время и самое существованіе предоставляемаго права. При этомъ съ истиннымъ срокомъ не долженъ быть смѣшиваемъ присоединительный побочный договоръ, коимъ отказываются на извѣстное время отъ осуществленія пріобрѣтеннаго уже права (pactum de non petendo in tempus). Большая разница между тѣмъ, когда кто либо акцептуетъ вексель, коему платежный срокъ долженъ наступить чрезъ 3 мѣсяца, и тѣмъ, когда усло-

и желаемое юридическое дѣйствіе, слѣдовательно при резолютивномъ срокѣ прекращеніе юридическаго дѣйствія, произведеннаго главною сдѣлкой. И притомъ это дѣйствіе прекращается прямо, непосредственно; въ этомъ отношеніи имѣетъ силу все то, что было сказано о резолютивномъ условіи (§ 90) [6]).

влено уплатить по заключенному займу лишь чрезъ три мѣсяца; первый станетъ должникомъ лишь по истеченіи трехъ мѣсяцевъ, во второмъ же случаѣ вѣритель только соглашается получить свой долгъ чрезъ три мѣсяца. Ср. l. 20 D. de I D. 23. 3: — „aliud est enim differe exactionem, aliud, ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit“. Въ отдѣльномъ случаѣ можетъ, конечно, подлежать сомнѣнію, имѣется ли въ виду первое или второе; тѣмъ не менѣе различіе существуетъ. Оно не лишено также практическаго значенія, напримѣръ, по отношенію къ обязанности доказывать (прим. 2 въ к.). — Изъ того, что въ нашихъ источникахъ истинно срочное право разсматривается само по себѣ какъ уже существующее право, объясняется переходъ срочнаго отказа на наслѣдника и хозяина (l. 5 pr. § 1. 7 l. 14 § 3 D. quando dies 36. 2, l. 18 D. de R. I. 50. 17, ср. § 89 прим. 8), далѣе и то, что при осуществленіи срочнаго притязанія исключается indebiti condictio (l. 10 ср. l. 16 pr. D. de cond. ind. 12. 6), и что залогъ въ обезпеченіе срочнаго долга порождаетъ actio hypothecaria (l. 14 ср. l. 13 § 5 D. de pign. 20. 1). Конечно, встрѣчаются выводы и изъ того воззрѣнія, что срочное право пока еще вовсе не существуетъ, l. 45 § 1 D. de leg. II° 32, l. 10 D. ad SC. Treb. 36. 1; однако слѣдуетъ принять, что здѣсь (указанныя мѣста взяты изъ Помпонія и Гая) представляется лишь болѣе ранняя фаза развитія. Само собою разумѣется, что въ доказательство немедленнаго существованія срочнаго права нельзя приводить положенія, имѣющія силу и для условнаго права (§ 89), такъ именно то положеніе, что срочное право не можетъ быть ослаблено позднѣйшимъ распоряженіемъ, l. 12 § 2 D. qui pot. 20. 4, l. 3 § 2. 3 C. comm. de leg. 6. 43, ср. тоже l. 27. 28 D. pro socio 17. 2, l. 17 D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 12 D. de accept. 46. 4, l. 27 pr. D. qui et a quib. 40. 9. Впрочемъ, въ одномъ мѣстѣ (l. 26 D. de stip. serv. 45. 3) сущность и условнаго обязательства полагается въ томъ, что оно „ex praesenti vires accipit, quamvis petitio ex ea suspensa sit“.

[6]) Понятно, что тутъ нѣтъ мѣста обратному дѣйствію. Въ остальномъ же резолютивный срокъ и резолютивное условіе разсматриваются въ римскомъ правѣ одинаково: по отношенію къ нынѣшнему праву мы можемъ принять за правило, что и то и другое имѣютъ прямое дѣйствіе. См. l. 15 § 4 D. de test. mil 29. 1, Vat. Fr. § 283, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult. C. de leg. 6. 37, l. 55 D. de leg. I° 31, l. 44 § 1 D. de O. et A. 44. 7, l. 56 § 4 D. de V. O. 45. 1, § 3 I de V. O. 3. 15, l. 4 pr. D. de serv. 8. 1; Vat. Fr. § 48. 50. 52, l. 6 D. de usu et usufr. 33. 2, l. 12 pr. C. de usufr. 3. 33, l. 16 § 2 D. fam. erc. 10. 2, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 2 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. ult C. de leg. 6. 37, ср. тоже въ § 90 прим. 1 приведенныя мѣста. См. тоже § 172 прим. 17.

§ 96a.

Моментъ времени, съ коимъ назначеніе срока связываетъ желаемое юридическое дѣйствіе, можетъ быть опредѣленъ либо прямо, посредствомъ указанія какого-нибудь календарнаго момента [1]), либо косвенно, посредствомъ пріуроченія его къ какому-нибудь будущему событію [2]) или къ истеченію извѣстнаго періода времени какого-нибудь состоянія [3]). Но при косвенномъ опредѣленіи слѣдуетъ обращать вниманіе на то, несомнѣнно ли, что наступитъ данное событіе или что данное состояніе будетъ продолжаться до назначеннаго времени [4]), ибо въ противномъ случаѣ будетъ имѣть мѣсто не срокъ, а условіе [5]). Впрочемъ, и это правило не безусловно; все зависитъ здѣсь отъ толкованія воли [6]). Съ другой

---

§ 96a. [1]) Савиньи III § 125 c.

[2]) Таковы напримѣръ: смерть, бракосочетаніе, назначеніе извѣстнаго лица. L. 17. 56 D. de cond. ind 12. 6, l. 107 § 1 D. de leg. I° 30, l. 21 pr. D. quando dies 36. 2, l. 8 C. de test. manum. 7. 2.

[3]) Напримѣръ: кому нибудь что-либо дается ко „дню его совершеннолѣтія," то есть, когда ему исполнится 25 лѣтъ. L. 21 pr. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 49 § 2. 3 D. de leg. I° 30.

[4]) Напримѣръ, для всякаго несомнѣнно, что онъ умретъ, но не для всякаго несомнѣнно, что онъ вступитъ въ бракъ, получитъ должность, доживетъ до извѣстнаго возраста. Источники говорятъ въ этомъ случаѣ о dies incertus (ср. однако и прим. 7). Означенные во 2 и 3 примѣчаніяхъ различные случаи dies incertus принято въ новое время выражать словами: dies incertus an, incertus quando и: dies incertus an, certus quando. Точно также моментъ времени dies incertus, опредѣленный имѣющимъ несомнѣнно наступить событіемъ, принято выражать dies incertus quando, certus an. Эти названія не облегчаютъ однако пониманія самаго существа дѣла. Ср. Савиньи III стр. 207. 208.

[5]) L. 21. pr. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 49 § 2 D. de leg. I° 30, l. 16 § 1 l. 17. 56 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 § 16 D. de V. O. 45. 1. Наоборотъ и условіе обозначается какъ dies incertus, l. 30 § 4 D. de leg. I° 30. — Горячо возражали противъ того, что dies incertus есть условіе, утверждая, что dies incertus содержитъ въ себѣ условіе и что первымъ выраженіемъ отрицается даже наличный срокъ. Но что срокъ содержитъ въ себѣ условіе, это въ случаѣ сомнѣнія разумѣется само собою по отношенію къ суспензивному сроку и въ этомъ случаѣ не подлежитъ сомнѣнію даже по отношенію къ резолютивному условію (§ 91). Ср. l. 22 pr. D. quando dies 36. 2, l. 21 pr. eod. (Арндтсъ § 73 прим. 4), l. 49 § 2 D. de leg. I° 30.

[6]) Въ этомъ отношеніи оказывается полезнымъ именно понятіе dies incertus an, certus quando. Когда желаемое юридическое послѣдствіе связано съ прекращеніемъ какого нибудь состоянія, то это можетъ быть истолковано въ томъ смыслѣ, что юридическое послѣдствіе должно наступить тогда, когда истечетъ

стороны при предсмертныхъ распоряженіяхъ и срокъ, поставленный въ зависимость отъ несомнѣнно имѣющаго наступить событія, обсуживается по подразумѣваемой волѣ наслѣдодателя какъ условіе, если неизвѣстно, доживетъ ли до этого событія назначенное въ такомъ распоряженіи лицо [7]).

Юридическія сдѣлки, при коихъ не допускается никакого условія (§ 95), не терпятъ также никакого срока [8]).

c. ПРЕДПОЛОЖЕНІЕ (Voraussetzung) *) [1]).

§ 97.

Предположеніе [2]) есть неразвитое условіе. Кто изъявляетъ волю подъ извѣстнымъ предположеніемъ, тотъ подобно изъявляю-

---

назначенный періодъ времени, или когда онъ истекъ бы, еслибы данное состояніе продолжалось до окончанія этого періода; въ этомъ случаѣ имѣется срокъ, а не условіе. L. 46 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 5 C. quando dies 6. 53, l. 26 § 1 D. eod. 36. 2, l. 18 § 2 D. de alim 34. 1. Впрочемъ сюда относится не одинъ только этотъ случай. Ср. Вехтера стр. 731, Мюленбруха въ Forts. von Glück XLI стр. 60 и сл., Маасена civil. Erörterungen стр. 28 и сл., Унгера § 83 прим. 13. 15.

[7]) L. 75 D. de cond. 35. 1. „Dies incertus condicionem in testamento facit“ (ср. Савиньи III § 126. c.) L. 79 § 1 D. eod. Heres meus cum ipse morietur centum Titio dato. Legatum sub condicione relictum est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum, ad eum legatum perventurum“. L. 4 D. quando dies 36. 2. „Si cum heres morietur legetur, condicionale legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. Si vero cum ipse legatarius morietur legetur ei, certum est legatum ad heredem transmitti“. L. 13 i. f. eod., l. 1 § 2 D. de cond. 35. 1, l. 12 § 1 D. de leg. II° 31, l. 104 § 6 D. de leg. I° 30. Источники и въ этомъ случаѣ говорятъ о dies incertus. Ср. Унгера § 83 прим. 14. österr. Erbrecht § 17 прим. 2. Сказанное Бринцъ стр. 950. 951 хочетъ ограничить срокомъ cum morietur heres. Случай, въ которомъ по обстоятельствамъ дѣла рѣшено было въ пользу того, что наслѣдодатель не желалъ никакого условія, см. у Зейф. Arch. I. 268.

[8]) L. 77 D. de R. I. 50. 17.

*) Виндшейдъ die Lehre von der Voraussetzung (1850).

[1]) Господствующее мнѣніе рядомъ съ условіемъ и срокомъ ставитъ третьимъ § 97 не предположеніе, но подъ именемъ modus'a (ср. слѣдующее примѣчаніе) всякую обязанность, связанную съ дареніемъ или предсмертнымъ предостав

щему условную волю, хочетъ, чтобы желаемое юридическое дѣйствіе наступило лишь при наличности извѣстныхъ отношеній, но

самоограниченія воли говорятъ, содержится въ немъ на столько, насколько отъ него уменьшается стоимость первоначальнаго дара (ср. наприм. Савиньи III стр. 230, Арндтса § 74, Унгера § 84 прим. 4). Но при этомъ не замѣчаютъ, что точка зрѣнія, которой придаютъ значеніе юридической, есть вовсе не юридическая, а экономическая. Правда, она можетъ получить и юридическое значеніе, напримѣръ, тамъ, гдѣ дѣйствительность какого нибудь предоставленія зависитъ отъ имущественной стоимости его, и въ этомъ Бекингъ Pand. § 115 находитъ все существо дѣла. Но не понятно, почему въ силу этого основанія о возможномъ уменьшеніи стоимости дара должна быть рѣчь въ общемъ ученіи объ изъявленіяхъ воли, и вообще не въ томъ мѣстѣ, гдѣ должны быть излагаемы относящіяся сюда правоположенія. Если въ общемъ ученіи объ изъявленіяхъ воли заходитъ рѣчь о возможныхъ самоограниченіяхъ воли, то слѣдуетъ говорить только о тѣхъ изъ нихъ, которыя имѣютъ вліяніе на производимое волеизъявленіемъ юридическое послѣдствіе. Самоограниченіе этого рода содержится, конечно, и въ модусѣ, когда въ силу послѣдняго предположенное юридическое послѣдствіе въ случаѣ неисполненія ставится въ такое положеніе, что можетъ быть отмѣнено; но основаніе, въ силу коего модусъ оказываетъ такое дѣйствіе, имѣетъ подобное же вліяніе и во многихъ другихъ случаяхъ, именно то основаніе, что при неисполненіи модуса положенное юридическое дѣйствіе не соотвѣтствуетъ истинной волѣ изъявителя ея. Если отрицать этого нельзя и отчасти съ этимъ прямо согласны и другіе (ср. наприм. Эркслебена die cond. sine causa 2 Abth. Vorrede стр. VI, Арндтса § 74, Г. Витте die Bereicherungsklagen стр. 65. 66), то непонятно, почему возражаютъ противъ того, что можно говорить и вообще о тѣхъ прибавленіяхъ къ изъявленію воли, вслѣдствіе коихъ желаемое юридическое послѣдствіе можетъ стать въ положеніе, не соотвѣтствующее истинной волѣ изъявителя. Можно не одобрять, что прибавленія этого рода называются предположеніями; позволительно предложить и лучшее названіе. Можно быть различнаго мнѣнія объ объемѣ примѣненія этой точки зрѣнія, но вполнѣ отвергать ее, не отвергая вмѣстѣ съ тѣмъ и самыхъ выводовъ, было бы, по моему мнѣнію, лишено смысла. Въ пользу защищаемаго здѣсь воззрѣнія высказались: Рудорфъ zu Puchta § 63 6 изд. и сл. Беръ die Anerkennung стр. 15. 62, и Унгеръ österr. Erbrecht. § 18 прим. 1; ср. тоже Бехмана röm. Dotalrecht стр. 31, Зейф. Arch. VI. 22, XVI. 6. 103, XVII. 59 (XVIII. 224: здѣсь рѣшеніе ошибочно основано на существенномъ заблужденіи, вмѣсто неосуществленнаго предположенія). Наоборотъ противъ категоріи предположенія въ послѣднее время высказался Фойгтъ die condictiones ob causam стр. 515—523; см. объ этомъ II § 423 прим. 8.

[2]) Для того, что тутъ названо предположеніемъ, въ источникахъ нѣтъ опредѣленнаго техническаго названія. Употребляются выраженія condicio (ср. напр. l. 2 § 7 l. 3 D. de don. 39. 5, l. 8 § 7 D. de cond. inst. 28. 7, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45), causa (напр. l. 75 § 2 D. de leg. I° 30, l. 23 pr. § 3.

существованіе этого дѣйствія онъ не ставитъ въ зависимость отъ этихъ отношеній, такъ что желаемое юридическое дѣйствіе существуетъ и продолжаетъ существовать даже тогда, когда предположеніе не осуществилось. Но это не соотвѣтствуетъ истинной волѣ изъявителя воли, а потому существованіе этого юридическаго дѣйствія хотя формально и оправдано, но съ матеріальной стороны лишено оправдывающаго основанія. Вслѣдствіе того терпящій чрезъ такое изъявленіе воли ущербъ [3]) можетъ не только защищаться посредствомъ возраженія противъ выводимыхъ изъ этого изъявленія притязаній, но и съ своей стороны предъявлять требованіе къ уничтоженію такого юридическаго дѣйствія, направленное противъ того лица, въ пользу коего оно наступило [4] [5]).

Обстоятельство, на которое направлено предположеніе, можетъ быть, какъ и при условіи, фактическимъ или юридическимъ, положительнымъ или отрицательнымъ, прошедшимъ, настоящимъ или будущимъ; но этими различіями не обусловливается различіе въ юридическомъ обсужденіи обстоятельствъ. Далѣе, предположеніе можетъ быть направлено либо на моментальное событіе, либо на постоянное отношеніе; это различіе важно въ томъ смыслѣ, что предположеніе послѣдняго рода можетъ не осуществиться не только

---

4. D. de cond. ind. 12. 6), modus. Послѣднее выраженіе спеціально употребляется для обозначенія соединенной съ безмезднымъ предоставленіемъ обязанности, хотя послѣдней не усвоивается прямо характера предположенія, l. 17 § 4 D. de cond. 35. 1, l. 3 § 6 D. de leg. praest. 37. 5, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45, rubb. titt. Dig. 35. 1, Cod. 6. 45. 8. 55. Виндшейдъ в. п. с. § 4. См. тоже II. § 423 прим. 8.

[3]) Лицомъ потерпѣвшимъ будетъ при изъявленіяхъ воли между живыми изъявитель воли, при изъявленіяхъ воли на случай смерти тотъ, у кого чрезъ волеизъявленіе отнимется что-либо такое, что онъ въ противномъ случаѣ получилъ бы. Виндшейдъ стр. 68. 69.

[4]) Римская форма такого возраженія есть exceptio doli или in factum concepta, форма притязанія — condictio (sine causa) или actio bonae fidei, когда предположеніе получаетъ силу при contractus bonae fidei. L. 2 § 3 D. de doli exc. 44. 4, l. 2 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 17 § 5 D. comm. 13. 6, l. 11 § 6 D. de A. E. V. 19. 1. Виндшейдъ § 5. 6, и ниже II § 423—429.

[5]) Признается ли юридическая сдѣлка при неосуществившемся предположеніи недѣйствительною или безсильною въ обширномъ смыслѣ? Съ одной стороны безсиліе наступаетъ здѣсь въ силу истинной воли изъявителя, а съ другой въ противорѣчіе съ тою волею, которая дѣйствительно была во время ея изъявленія. Такимъ образомъ понятіе безсилія въ обширномъ смыслѣ переходитъ здѣсь въ понятіе недѣйствительности (§ 82 прим. 1 въ к).

вслѣдствіе несуществованія, но и вслѣдствіе прекращенія означеннаго отношенія [6]).

§ 98.

Предположеніе можетъ быть изъявлено посредствомъ явнаго добавленія, сдѣланнаго при изъявленіи воли; но и при отсутствіи явнаго изъявленія оно можетъ обнаружиться само собою изъ остальнаго содержанія изъявленія воли. Сюда относится слѣдующее:

1) Каждое изъявленіе воли имѣетъ какую-либо главную цѣль (Absicht); за этою цѣлью могутъ стоять другія цѣли, кои имѣютъ быть достигнуты по достиженіи ближайшей цѣли, но такихъ цѣлей можетъ и не быть, главную же цѣль имѣетъ всякое изъявленіе воли. Чрезъ обозначеніе этой главной цѣли необходимо обозначается и какое-нибудь предположеніе изъявленія воли; что въ случаѣ неисполненія этого предположенія желаемое юридическое дѣйствіе не соотвѣтствуетъ истинной волѣ изъявителя воли, это столь же несомнѣнно, какъ и то, что никто не изъявляетъ воли безъ всякой цѣли [1]).

---

[6]) Ср. l. 1 § 2. 3 l. 2 D. de cond. s. c. 12. 7. Опытъ полнаго обзора случаевъ, въ коихъ по нашимъ источникамъ признается предположеніе, см. у Виндшейда § 2. 3.

§ 98. [1]) Нельзя смѣшивать главную цѣль изъявленія воли съ его главнымъ содержаніемъ (какъ это дѣлаетъ Витте Bereicherungsklagen стр. 66). Каждое изъявленіе воли, прежде чѣмъ можетъ быть рѣчь о его цѣли, должно имѣть какое-нибудь содержаніе. Въ ряду возможныхъ главныхъ цѣлей, на которыхъ можетъ быть основано какое-либо юридическое послѣдствіе, есть одна, которая не можетъ быть достигнута, лишь только наступило желаемое юридическое послѣдствіе; эта цѣль—дареніе. При ней, слѣдовательно, не можетъ быть рѣчи о возраженіи и обратномъ требованіи вслѣдствіе неосуществленія предположенія; предположеніе не можетъ не осуществиться. Иначе при другихъ возможныхъ главныхъ цѣляхъ. Полное ихъ перечисленіе въ теоріи не необходимо; обзоръ встрѣчающихся въ нашихъ источникахъ главныхъ цѣлей см. у Виндшейда стр. 85—102 (ср. съ этимъ Бера Anerkennung §§ 10, Витте Bereicherungsklagen стр. 58—62).—Въ частности можно указать на слѣдующія цѣли: исполненіе обязательства (l. 1 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 26 § 13 D. de cond. ind. 12. 6, l. 58 pr. D. de sol. 46. 3 и мн. др., Виндшейдъ № 10—12); возникновеніе обязательства (пропущено у Виндшейда, см. напр. l. 32 D. de R. C. 12. 1); понужденіе принимателя къ взаимной услугѣ (l. 1 pr. l. 3 pr. § 2 D. de cond. c. d. c. n. s. 12 и мн. др., Виндшейдъ № 19 и № 102); осуществленіе какого-либо условія, опредѣленнаго въ предсмертномъ распоряженіи (l. 1 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 и мн. др. Винд-

2) Если при предоставленіи какой-либо выгоды другому лицу возлагается на него какая-либо обязанность (Auflage) [2]), то исполненіе этой обязанности составляетъ предположеніе того предоставленія. Такъ какъ эта обязанность самимъ изъявителемъ воли неразрывно связана съ пріобрѣтеніемъ выгоды, то было бы противно истинной его волѣ, еслибы это пріобрѣтеніе состоялось безъ исполненія обязанности [3]).

Но предположеніе, явно невыраженное, можетъ оказаться желаемымъ не только изъ остальнаго содержанія изъявленія воли, но и изъ сопровождающихъ послѣднее обстоятельствъ. Впрочемъ, въ этомъ отношеніи не слѣдуетъ ставить на одну линію изъявленія

шейдъ № 22); точно также намѣреніе, чтобы принятое даннымъ лицомъ получило опредѣленное назначеніе, напр. чтобъ оно было задаткомъ или приданымъ, или же употреблено инымъ образомъ (l. 11 § 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 § 3 l. 8 D. de I. D. 23. 3, l. 11 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 40 § 5. l. 71 § 3 D. de cond. 35. 1 и мн. др., Виндшейдъ № 14. 20. 66. 79); сюда же можно отнести намѣреніе обезпечить или облегчить принимателю осуществленіе какого-нибудь права (l. 2 § 3 D. de dol. m. exc. 44. 4 и мн. др., Виндшейдъ № 13). По господствовавшему въ прежнее время и теперь еще весьма распространенному воззрѣнію всѣ главныя цѣли волензъявленій могутъ быть сведены къ тремъ понятіямъ: animus donandi, solvendi, credendi или obligandi. Противъ этого Виндшейдъ в. п. с. стр. 89, Эрклебенъ condictiones sine causa I стр. 33, Витте Bereicherungsklagen стр. 57; ср. съ другой стороны Шлезингера Formalcontracte стр. 5—7.—Примѣры цѣлей, которыхъ нельзя назвать главными, въ l. 3 § 7 i. f. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 25. 34 C. de transact. 2. 4. Виндшейдъ № 62, а также № 69. — Вмѣсто указанной здѣсь категоріи главной цѣли Витте Bereicherungsklagen стр. 55 и сл. думаетъ поставить другую. Именно, по его мнѣнію, можно доставленное потребовать обратно, когда у получателя оно принимаетъ не предназначенный „характеръ“. Здѣсь является смѣшеніе опредѣленнаго понятія съ неопредѣленнымъ представленіемъ.

[2]) Здѣсь предполагается, что исполненіе обязанности (modus) не составляетъ главной цѣли изъявленія воли. Виндшейдъ № 66. 68. 79.

[3]) L. 8 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6, l. 1. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55, l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45 и мн. др. Виндшейдъ № 68. 79. — Должно быть несомнѣнно, что имѣлась въ виду именно обязанность, а не простой совѣтъ (l. 2 § 7 D. de don. 39. 5, l. 13 § 2 D. de don. i. v. c. u. 24. 1, l. 71 pr. D. de cond. 35. 1, l. 114 § 14 D. de leg. I° 30, l. 38 § 4 l. 93 pr. D. de leg. III° 32) и далѣе, что обязанность дѣйствительно связана съ предоставленіемъ права (l. 28 § 1 l. 32—36 pr. D. de excus. 27. 1). Виндшейдъ № 69. 79. Съ другой стороны нѣтъ нужды, чтобъ обязанность была прямо опредѣлена, l. 28 D. de don. 39. 5 (гдѣ вѣрнѣе заключать отъ actio praescriptis verbis къ condictio.

воли между живыми и изъявленія воли на случай смерти [4]). При изъявленіяхъ воли между живыми недостаточно, чтобы предположеніе вообще могло быть усмотрѣно изъ сопровождающихъ обстоятельствъ, но необходимо еще, чтобы его могъ распознать тотъ, въ пользу коего изъявлена воля [5]). Наоборотъ, при изъявленіяхъ воли на случай смерти достаточно, чтобы въ данную минуту, когда изъявленіе воли подвергается юридическому обсужденію, можно бы вынести изъ сопровождающихъ его обстоятельствъ убѣжденіе, что наслѣдодатель желалъ опредѣленнаго состоянія вещей только подъ этимъ предположеніемъ. Другими словами: по отношенію къизъявленіямъ воли на случай смерти слѣдуетъ выставить то правило, что сила ихъ можетъ быть оспариваема, коль скоро можетъ быть доказано, что наслѣдодатель не сдѣлалъ бы подобнаго распоряженія, если бы ему извѣстно было дѣйствительное положеніе вещей въ моментъ распоряженія, или то ихъ положеніе, которое наступило послѣ распоряженія [6]).

§ 99.

Если предположеніе направлено на извѣстное дѣяніе лица, въ

---

[4]) Объ основаніяхъ, въ силу коихъ это не допускается, см. Виндшейда № 57.

[5]) Спеціально противъ т. н. clausula rebus sic stantibus: Зейф. Arch. VI. 137, VIII. 253. — Но при исполненіи указаннаго въ текстѣ требованія и при изъявленіяхъ воли между живыми вовсе не требуется прямое указаніе предложенія въ самомъ изъявленіи воли, это видно между прочимъ изъ l. 32 § 27 i. f. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 43 § 1 D. de adm. et per. 26. 7. Виндшейдъ № 71—77. Зейф. Arch. III. 323. Сюда относится также изъявленіе воли на основаніи ошибочнаго счета. Зейф. Arch. X. 147, XIII. 87, XVII. 22, ср. тоже XV. 12.

[6]) Это можно выразить и такъ: при изъявленіяхъ воли на случай смерти заблужденіе въ побудительной причинѣ есть основаніе недѣйствительности (§ 78). Конечно для этого требуется, чтобы заблужденіе было дѣйствительнымъ побужденіемъ, а не поводомъ только (§ 31 I. de leg. 2. 20, l. 17 § 2 D. de cond. 35. 1); но если несомнѣнно, что безъ заблужденія на самомъ дѣлѣ не было бы сдѣлано извѣстное распоряженіе, то послѣднее отпадаетъ. Главное сюда относящееся мѣсто l. 72 § 6 D. de cond. 35. 1. „Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse“. Ср. Виндшейда стр. 139. 140, Унгера österr. Erbrecht § 13 прим. 3. Примѣненія въ l. 5 C. de test. 6. 23, l. 4. 7 C. de her. inst. 6. 24, l. 10 C. de leg. 6. 37, l. 28 D. de inoff. test. 5. 2, l. 92 D. de her inst. 28. 5 и мн. др. Виндшейдъ № 26—28. 58. 81—83, Вангеровъ II § 431 прим. 2, Вейль Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XX. 3, Унгеръ österr. Erbrecht § 13 прим. 2. Столь далеко не идутъ Савиньи III стр. 377 и сл., Синтенисъ III § 171 прим. 60.

пользу коего изъявлена воля, то на лицо это въ тоже время можетъ быть возложена обязанность совершить это дѣяніе. Нельзя сказать, что одно несовмѣстно съ другимъ, что обязанность исключаетъ предположеніе. Можетъ, конечно, случиться, что при возложеніи обязанности устраняется самое предположеніе, но въ этомъ нѣтъ надобности; чтобы допустить такое устраненіе, для этого требуется особое основаніе [1]). Вопросъ можетъ быть лишь о томъ, не слѣдуетъ ли по крайней мѣрѣ исходить изъ того, что прежде всего и главнымъ образомъ желаемо было исполненіе обязанности. Дѣйствительно, эта точка зрѣнія проводится при взъявленіяхъ воли на случай смерти [2]), но при изъявленіяхъ воли между живыми

---

[1]) L. 4. 7 C. de rer. perm. 4. 64 усматриваютъ такое особое основаніе въ заключеніи стипуляціи о возложенной обязанности, исходя изъ того, что стипуляція заключена novandi animo, что однако не необходимо (l. 71 pr. D. pro socio 17. 2). Что черезъ actio praescriptis verbis не исключается обратное требованіе на основаніи неосуществившагося предположенія, это признается во многихъ мѣстахъ нашихъ источниковъ, см. между прочимъ l. 5 § 1. 2 D. de praescr. verb. 19. 5 (впрочемъ, тоже II § 413 прим. 11 c). Виндшейдъ № 100. 101; вообще того же мнѣнія Эрклебенъ cond. sine causa II стр. 349 и сл. 479 и сл.; отступаетъ отъ него Шлезингеръ Formalcontracte стр. 199. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что всякое обратное требованіе, основанное на отсутствіи дѣйствія получателя, отпадаетъ, коль скоро имѣется двусторонній договоръ; ибо въ этомъ случаѣ доставляется что либо вовсе не ради дѣйствія получателя а ради собственной обязанности. Виндшейдъ № 102, Эрклебенъ в. п. с. II стр. 471 и сл. Ср. II § 321 № 2. § 99.

[2]) Поэтому хотя бы отъ исполненія легата отказался тотъ, на кого оно возложено, (причемъ онъ былъ въ правѣ сослаться на неосуществленіе лежащаго въ самомъ легатѣ предположенія), тѣмъ не менѣе преимущество остается на сторонѣ легатарія. Что касается завѣщаній, которыя не суть отказы, то возлагаемыя ими обязанности, напримѣръ, воздвинуть наслѣдодателю памятникъ, обсуживаются различно. Если предоставленіе, соединенное съ какою-либо обязанностью, есть легатъ, то онъ выполняется не прежде чѣмъ будетъ легатаріемъ представлено обезпеченіе въ исполненіи имъ обязанности (l. 19 D. de leg. III° 32, l. 80 D. de cond. 35. 1, l. 40 § 5 l. 71 eod., l. 7. 48 D. de fideic. lib. 40. 5). Если обязанность возложена на наслѣдника, то можно настоять на исполненіи обязанности (или на доставленіи обезпеченія) при раздѣлѣ наслѣдства (l. 18 § 2 D. fam. herc. 10. 2, l. 7 D. de annuis 33. 1); по уважительнымъ основаніямъ судъ можетъ даже прибѣгнуть къ чрезвычайнымъ мѣрамъ принужденія (l. 7 cit., l. 50 § 1 D. de H. P. 5. 3), и точно также при легатахъ, если они получены безъ означеннаго обезпеченія (l. 92 D. de cond. 35. 1). Наконецъ и въ обязанностяхъ, возлагаемыхъ предсмертнымъ распоряженіемъ, измѣняется самое существо предположенія, такъ что при неисполненіи обязанностей то, что предоставлено назна-

когда обязанность присоединена въ интересахъ самаго изъявителя воли, ему и его наслѣдникамъ предоставляется опредѣлить, желаютъ ли они осуществленія обязанности или осуществленія предположенія [3]), и лишь въ томъ случаѣ, когда обязанность возложена въ пользу третьяго лица, это третье лицо и здѣсь въ требованіи осуществленія обязанности имѣетъ преимущество предъ изъявителемъ воли и его наслѣдниками, требующими осуществленія предположенія [4]).

§ 100.

Недозволенныя предположенія обсуждаются не одинаково. Относительно предсмертныхъ распоряженій они разсматриваются какъ недозволенныя условія, то есть, если распоряженіе содержитъ въ себѣ безмездное предоставленіе, то предположенія считаются не прибавленными, въ противномъ случаѣ они дѣлаютъ самое распоряженіе недѣйствительнымъ [1]). При изъявленіяхъ воли между живыми они обсуждаются слѣдующимъ образомъ: если виновенъ въ нихъ получатель, то датель (Geber) можетъ сослаться на недѣйствительность своего изъявленія воли, несмотря на исполненіе предположенія; если виновенъ датель (Geber), то онъ не въ правѣ ссылаться на недѣйствительность своего изъявленія, не смотря на неисполненіе предположенія; если виновны обѣ стороны, то ни

ченному лицу, обращается въ пользу лица, обязаннаго исполненіемъ распоряженія (l. 17 D. de usu 33. 2, l. 24 § 16 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 1 § 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 8 § 6 D. de cond. inst. 28. 7). Виндшейдъ № 104. 106, Эркслебенъ cond. sine causa II стр. 270—289 (который однако [на стр. 285 прим. 70] отвергаетъ примѣнимость понятія предположенія къ назначенію наслѣдника).

[3]) Получатель не можетъ однако требовать, чтобъ эти лица, прежде чѣмъ потребуютъ осуществленія предположенія, примѣнили противъ него предоставленные имъ принудительные мѣры для понужденія къ исполненію обязанности. Какъ бы то ни было не въ его интересахъ, чтобы главнымъ образомъ желаемо было исполненіе обязанности.

[4]) Но само собою разумѣется, что онъ для этого долженъ уже имѣть законное и безповоротное право требованія. Подробности объ этомъ сюда не относятся. Ср. Виндшейда № 105, Эркслебена в. п. с. стр. 296—310, и ниже II § 316 прим. 5. 15—16.

§ 100. [1]) L. 37. 71 § 2 D. de cond. 35. 1 (l. 44 D. de manum test. 40. 4), l. 7 i. f. D. de annuis 33. 1. Впрочемъ можетъ статься, что какое либо превращеніе обязанности должно быть разсматриваемо какъ наиболѣе соотвѣтствующее намѣренію наслѣдодателя, l. 16 D. de usu et usufr. 33. 2, ср. l. 4 D. de adm. rerum. 50. 8. Виндшейдъ № 108.

одна изъ нихъ не можетъ ссылаться на сдѣлку, ни получатель на изъявленіе воли, ни датель на неисполненіе предположенія, а потому остается въ силѣ существующее фактическое состояніе [2]).

Невозможныя (съ самаго начала невозможныя) предположенія дѣлаютъ изъявленія воли между живыми недѣйствительными съ самаго начала [3]), за исключеніемъ, впрочемъ, дареній, при коихъ, равно какъ и при изъявленіяхъ воли на случай смерти, развѣ въ послѣднихъ по исключенію не содержится никакого безмезднаго предоставленія, невозможныя предположенія считаются не написанными [4]).

Если невозможность исполнить предположеніе существуетъ не съ самаго начала, а наступитъ лишь впослѣдствіи, то по общему правилу и изъявленія воли какъ на случай смерти, такъ и между живыми становятся недѣйствительными. Но правило это подвергается значительнымъ измѣненіямъ въ томъ случаѣ, когда получатель предоставленнаго не виновенъ въ указанной невозможности. Въ этомъ случаѣ: 1) при изъявленіяхъ воли на случай смерти дѣйствительное исполненіе предположенія безразлично, если только получатель съ своей стороны сдѣлалъ все возможное для исполненія предположенія [5]); 2) если предположеніе прямо направлено на извѣстное дѣйствіе получателя, то при всякомъ изъявленіи воли, будетъ-ли то изъявленіе воли между живыми или на случай смерти, только невинная невозможность равняется исполненію [6]). Однако это послѣднее положеніе проводится не безу-

---

[2]) L. 1—4 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 2. 4—6 C. eod. 4. 7. Ср. II § 428 абз. 2. 3.

[3]) L. 3 § 5 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 59 § 2 D. de I. D. 23. 3, l. 1. 5. 6 C. de cond. ob. caus. dat. 4. 6. Эрклебенъ в. п. с. стр. 452 и сл.

[4]) Волеизъявленія на случай смерти должны быть обсуживаемы по аналогіи съ условіями и недозволенными предположеніями, ср. тоже l. 6 pr. D. de cond. 35. 1. Относительно дареній см. l. 8 C. de cond. ob. c. dat. 4. 6, Виндшейдъ № 111. Др. мнѣн. Эрклебенъ в. п. с. стр. 461—463.

[5]) L. 71 § 3 D. de cond. 35. 1 (vv. quod si nolit eam uxorem ducere, causae legati, quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intellegetur). L. 6 pr. eod., l. 1 C. de his quae sub modo 6. 45. Ср. § 92.

[6]) Это, несогласное съ существомъ предположенія, начало сложилось подъ вліяніемъ обязанности, сопровождающей предположеніе. Но по отношенію къ изъявленіямъ воли между живыми противоположное начало высказывается еще въ

словно, а именно не примѣняется въ томъ случаѣ, когда что-либо дано другому для употребленія въ своемъ собственномъ интересѣ, или также для употребленія въ чужомъ интересѣ, но дано безъ намѣренія оказать безмездную услугу [7]).

III. Недозволенныя дѣянія.

§ 101.

Дѣяніе считается недозволеннымъ или потому, что имъ нарушается чужое право, или же оно не дозволено само по себѣ не исключительно потому, что имъ нарушается чужое право или даже не смотря на то, что имъ не нарушается чужое право [1]). Само

---

l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 (Цельзій). См. противъ этого l. 5 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5 (Павла) и преимущественно то, что говорится вообще въ l. 10 C. de cond. ob. c. dat. 4. 6 (Діоклетіана и Максиміана). Ср. далѣе l. 8. 11 C. eod., l. 1 § 13 D. de extraord. cogn. 50. 13, l. 3 § 3 l. 5 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Виндшейдъ № 110. 111. 113, Вангеровъ III стр. 233 и сл. и цитированные тамъ. Др. мнѣнія Эрклебенъ в. п. с. стр. 386—444, который полагаетъ, что правило l. 10 C. cit. примѣняется лишь тамъ, гдѣ дѣйствіе, совершаемое въ предположеніи дѣйствія самого принимателя, переходитъ въ мѣновой договоръ. См. тоже Бринца стр. 408. О распоряженіяхъ послѣдней воли см. l. 8 § 7 (ср. § 6) D. de cond. inst. 28. 7, l. 17 pr. D. de leg. II° 31, l. 8 D. de alim 34. 1, l. 51 § 2 D. de fideic. lib. 40. 5. И здѣсь др. мнѣнія Эрклебенъ в. п. с. стр. 444—452, принимающій за правило лишь то, что предположеніе должно почитаться исполненнымъ, когда исполненіе его становится невозможнымъ вслѣдствіе уклоненія третьяго лица отъ содѣйствія.

[7]) L. 2 § 7 D. de don. 39. 5, l. 20 § 1 D. de bon. lib. 38. 2, l. 7 l. 24 § 12. 16 D. de fideic. lib. 40. 5. Виндшейдъ № 112. 113. Иначе ставитъ эти исключенія Витте Bereicherungsklagen § 14. 17.

*) Вехтеръ II § 109—114, Унгеръ II § 100—102. Ср. тоже Нейнера Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866) стр. 162—211.

§ 101. [1]) Напримѣръ, воровство нарушаетъ право собственности обокраденнаго, но оно запрещено не только потому, что нарушаетъ это право, но и потому, что воръ становится въ сознательное противорѣчіе съ юридическимъ порядкомъ. Обманъ не нарушаетъ никакого права; но онъ недозволенъ, какъ сознательное причиненіе вреда. Ср. Унгера § 109 и объ усиліяхъ новой науки уголовнаго права къ теоретическому разграниченію различныхъ видовъ неправды см. Вальтера krit. VISchr. II стр. 332 и сл. Нейнеръ в. п. с. стр. 206—211 совершенно отвергаетъ различіе между гражданскою и уголовною (и полицейскою) неправдою, какъ построенное на шаткомъ основаніи. Меркелъ kriminalisti-

по себѣ недозволенное дѣяніе есть проступокъ (Vergehen, Delict). О послѣдствіяхъ нарушенія чужаго права будетъ сказано особо въ слѣдующей главѣ (§ 122 и сл.). Дѣйствіе (гражданское) проступка заключается либо въ томъ, что онъ пораждаетъ обязательственное притязаніе о наказаніи или вознагражденіи, — о чемъ будетъ сказано подробнѣе въ обязательственномъ правѣ (но ср. и этотъ § въ к.),— либо въ потерѣ совершившимъ этотъ проступокъ извѣстнаго права (лишеніе права, Verwirkung) — подробнѣе объ этомъ будетъ сказано при изложеніи отдѣльныхъ правъ, къ коимъ примѣняется это дѣйствіе [2]). Здѣсь же слѣдуетъ сдѣлать слѣдующія общія замѣчанія о недозволенныхъ дѣяніяхъ вообще.

Недозволеннымъ можетъ быть не только положительное дѣяніе (ein Thun), но и упущеніе [3]).

Дѣяніе есть недозволенное уже само по себѣ, по своему результату (по послѣдствіямъ, Erfolg) [4]), или же къ противузаконности результата должна присоединиться возможность поставить дѣяніе совершителю его въ вину, должна присоединиться какая нибудь вина его [5]). Но въ вину можетъ быть вмѣнено или положительное желаніе противузаконнаго результата, злой умыслъ [6]),

---

sche Abhandlungen № I, 1867. Гюльшперъ die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen, akad. Programm 1869. Вальтеръ krit. VISchr. XI стр. 289 и сл.

[2]) Примѣры: кто въ теченіи опредѣленнаго срока не возмѣститъ сохозяину издержекъ, употребленныхъ послѣднимъ на исправленіе общаго ихъ дома, тотъ теряетъ право собственности на этотъ домъ. Кто уступаетъ свое требованіе опекуну своего опекаемаго, тотъ теряетъ это требованіе.

[3]) Недозволено, напримѣръ, неудовлетвореніе вѣрителя должникомъ.

[4]) Такъ, напримѣръ, завладѣніе чужою вещью, неудовлетвореніе вѣрителя.

[5]) Culpa. Главное сочиненіе объ этомъ предметѣ: И. Х. Гассе die Culpa des römischen Rechts (1815), 2 изд. Бетмана-Гольвега (1838). Кромѣ того ср. Лера Theorie der Culpa (1806). Beiträge zur Lehre von der Culpa (1808). Magazin für R.W. u. Gesetzg. IV. 25 (1844). Фр. Момзена Beiträge zum Obligationenrecht III. стр. 345 сл. (1855). Не заслуживаетъ вниманія сочиненіе Ф. В. Шаафа Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. 1 томъ. Zur Lehre von der Culpa (1858); ср. krit. Ueberschau VI стр. 254—257, а также А. Пернице zur Lehre von den Sachbeschädigungen стр. 64 и сл.—Ученіе о винѣ отнюдь нельзя назвать чисто обязательственнымъ, хотя оно особенно развилось въ области обязательствъ (см. II § 265); понятіе вины имѣетъ совершенно такое же значеніе для вещныхъ притязаній, какъ и для обязательственныхъ.

[6]) Dolus. Мотивъ воли не имѣетъ значенія, но тамъ, гдѣ этотъ мотивъ не

или отсутствіе надлежащей заботливости, при которой результатъ этотъ могъ бы быть устраненъ, небрежность [7]). Мѣркою того, заслуживаетъ-ли дѣйствіе упрека въ небрежности, служитъ поведеніе всякаго добропорядочнаго человѣка; слѣд. небрежностью считается всякое дѣйствіе до котораго не допустилъ бы себя такой человѣкъ [8]). Впрочемъ въ сферѣ обязательственныхъ отношеній встрѣчается какъ исключеніе, что только та небрежность вмѣняется въ вину, которой данное лицо обыкновенно избѣгаетъ въ своихъ собственныхъ дѣлахъ [9]). Но небрежность, при которой дѣлается различіе между собственными и чужими дѣлами, имѣетъ еще другую сторону; она можетъ переходить въ злой умыселъ и въ такомъ случаѣ можетъ быть разсматриваема, какъ злой умыселъ [9a]). Тоже примѣняется и къ небрежности, которая переходитъ всякія

прямо безнравственный, римляне опасаются выраженія dolus. L. 7. pr. D. dep. 16. 3, l. 8 § 10 D. mand. 17. 1, l. 7 § 7 D. de dolo 4. 3. Гассе стр. 75 — 79, Момзенъ стр. 348. прим. 1.

[7]) Neglegentia, desidia etc. Впрочемъ собственное техническое обозначеніе этого понятія въ римскомъ правѣ есть общее выраженіе culpa, такъ что это выраженіе получаетъ чрезъ то спеціальное значеніе, въ которомъ оно противуполагается dolus'у. Таково обыкновенное словоупотребленіе. Мѣста, къ коихъ culpa употребляется въ значеніи вообще вины, напримѣръ, суть: l. 5 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 3 D. dep. 16. 5, l. 91 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 38 D. sol. matr. 24. 3. — Небрежность заключается въ отсутствіи надлежащей внимательности.

[8]) L. 31 D. ad leg. Aq. 9. 2: — „culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum". L. 13 § 11. 14. D. de pign. act. 13. 7: — „venit ... et culpa, ... ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur". L. 11 D. de per. et comm. 18. 6. (Zeitschr. f. civ. u. Pr. N. F. IV стр. 281. VIII стр. 101. IX стр. 278 и сл., Арндтсъ § 86 прим. 1): — „quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit". L. 137 § 2. 3 D. de V. O. 45. 1. Мнѣніе, будто возможна отвѣтственность и за меньшую степень небрежности (т. н. culpa levissima) теперь совершенно отвергнуто. Ср. Гассе § 24—26 и стр. 414, Вангерова I § 107 прим., Унгера II стр. 237—240. Однако Бринцъ стр. 594 снова сомнѣвается.

[9]) L. 72 D. pro socio 17. 2. „Socius socio etiam culpae nomine tenetur, i. e. desidiae atque neglegentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet". Подробности въ обязательственномъ правѣ (II § 265 № 5)

[9a]) L. 32 D. dep. 16. 3: — „etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret". L. 22 § 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. Ср. II § 265 № 3.

границы [10]). Отсутствіе сознанія о противузаконности результата исключаетъ злой умыселъ [10a]); но никто не можетъ отзываться невѣдѣніемъ того правопредписанія, которое объявляетъ извѣстное дѣйствіе противузаконнымъ (§ 79 прим. 4). Напротивъ того тотъ, кому вмѣняется и сама небрежность въ вину, отвѣтствуетъ и вслѣдствіе безпечнаго невѣдѣнія о противузаконности результата. Всякая вина предполагаетъ, что умственное состояніе даннаго лица дозволяетъ считать его отвѣтственнымъ за всѣ послѣдствія его желанія и нежеланія (состояніе вмѣняемости). Вмѣняемость исключается сумашествіемъ [11]) и юношескимъ возрастомъ [12]), а равнымъ образомъ временными умоповрежденіями [13]).

---

[10]) Такая небрежность технически называется lata culpa. L. 226 D. de V. S. 50. 16. „Magna neglegentia culpa est, magna culpa dolus est". L. 1 § 1 D. si mensor 11. 6: — „lata culpa ... dolo comparabitur". L. 1 § 5 D. de O. et A. 44. 7: — „magnam ... neglegentiam placuit in doli crimine cadere". L. 8 § 3 D. de prec. 43. 26. L. 32 D. dep. 16. 3. „Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat; mihi verissimum videtur". L. 29 pr. D. mand. 17. 1: — „dissoluta neglegentia ... prope dolum est". L. 213 § 2 D. de V. S. 50. 16 „Lata culpa est nimia neglegentia, i. e. non intellegere, quod omnes intellegunt". L. 223 pr. D. eod. Момзенъ 348—359, Виндшейдъ Heidelb. krit. Zeitschr. III. стр. 278—281. Въ отличіе отъ lata culpa, та небрежность, которая не переходитъ въ злой умыселъ, носитъ названіе levis culpa, истинной небрежности; ср. II § 265 прим. 8. Нельзя доказать, что означенная въ примѣчаніе 9a culpa названа и въ источникахъ culpa lata. Гассе стр. 171. 195—209.—Всегда ли lata culpa приравнивается къ dolus или только въ договорныхъ отношеніяхъ? За послѣднее Игерингъ Jahrb. f. Dogm. IV стр. 12. Также Зейф. Arch. IX. 144.

[10a]) L. 1 § 47 D. dep. 16. 3, l. 46 § 7 l. 61 § 5 D. de furt. 47. 2.

[11]) L. 5 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2. „Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum; cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquila cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum". L. 60 D. de R. V. 6. 1, l. 61 D. de adm. tut. 26. 7. Вангеровъ III § 571 прим. 2.

[12]) Здѣсь нѣтъ юридически опредѣленной границы; все зависитъ отъ умственнаго развитія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Но исходная точка та, что въ состояніи не вмѣняемости находится дитя, а въ состояніи вмѣняемости pubertati proximus. L. 60 D. de R. V. 6. 1, l. 5 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 23 D. de furtis 47. 2, l. 13 § 1 l. 14 D. de dolo 4. 3, l. 1 § 15 D. dep. 16. 3 и мн. др. Савиньи III стр. 41—44. Зейф. Arch. XVIII. 247.

[13]) Но можетъ быть вмѣнено въ вину и то, что это состояніе не было избѣгнуто, такъ напр. при опьяненіи, c. 7 C. 15 qu. 1.

Самое важное юридическое послѣдствіе недозволеннаго дѣйствія заключается въ обязанности къ возмѣщенію причиненнаго имъ вреда. При опредѣленіи этого вреда можно принимать въ соображеніе или особенныя отношенія пострадавшаго, или же объективную мѣру ущерба. Это различіе обозначается слѣдующими выраженіями: убытокъ (Interesse) и истинная стоимость вещи (Sachwerth) [14]).

IV. Вліяніе времени на возникновеніе, прекращеніе и измѣненіе правъ.

А. Вообще.

§ 102.

Событія (§ 67), съ коими сопряжены возникновеніе, прекращеніе и измѣненіе правъ, могутъ заключать въ себѣ и извѣстный моментъ времени. Это возможно въ различномъ смыслѣ [1]).

1) Юридическое значеніе извѣстнаго факта зависитъ отъ того момента или періода времени, къ коему фактъ относится [2]).

---

[14]) Id quod interest — verum rei pretium. Ученіе о возмѣщеніи ущерба относится тоже не исключительно къ обязательственному праву; возмѣщеніе ущерба можно требовать и въ силу вещнаго притязанія. Но все-таки болѣе подробное изложеніе этого ученія лучше помѣщать въ обязательственномъ правѣ. См. II § 257. 258.

*) Савиньи IV § 171—201, Синтенисъ I § 26, Вехтеръ II § 117—121, Унгеръ II § 103—106.

§ 102. [1]) Ср. Савиньи IV § 177.

[2]) Примѣры: bonorum possessio должно быть потребовано въ продолженіи 100 дней или 1 года, возложенная опека, принятіе которой не обязательно, должна быть отклонена въ теченіи 50 дней, инвентарь наслѣдству долженъ быть составленъ въ продолженіи 3 или 12 мѣсяцевъ, дозволенное договоромъ отступленіе отъ юридическаго акта, должно быть заявлено въ установленный договоромъ срокъ,—въ противномъ случаѣ всѣ означенныя дѣйствія не имѣютъ юридической силы. Защита владѣнія дорожнымъ правомъ доставляется на основаніи 30-кратнаго осуществленія этого права въ теченіи послѣдняго года; фактъ, что поврежденная вещь имѣла въ послѣдній годъ или мѣсяцы извѣстную стоимость, даетъ право на истребованіе этой стоимости по lex Aquilia; рожденіе даетъ дитяти отца, если оно послѣдовало не раньше 182 дней по заключеніи брака или не позже 10 мѣсяцевъ по прекращеніи брака.

2) Юридическое значеніе факта зависитъ отъ того пространства времени, которое истекло послѣ него [3]).

3) Истеченіе времени имѣетъ юридическое значеніе и само по себѣ, такъ какъ продолжительность извѣстнаго состоянія вліяетъ на образованіе правоотношеній. Въ числѣ относящихся сюда случаевъ особенно важную роль играетъ давность [4]). Подробно о давности будетъ сказано ниже. Предварительно же слѣдуетъ изложить юридическія начала, относящіяся къ опредѣленію и исчисленію времени.

B. Опредѣленіе и исчисленіе времени.

§ 103.

Моментъ и пространство (періодъ) времени можно опредѣлять двоякимъ образомъ:

1) Они могутъ быть опредѣлены какою либо календарною единицею, которая соотвѣтствуетъ этому моменту времени или истекшему періоду времени [1]). Если при этомъ, какъ это обыкновенно и дѣлается, указывается только соотвѣтствующій календарный день безъ означенія часовъ, минутъ и проч., то при опредѣленіи момента времени, можно сказать, что каждый моментъ этого дня удовлетворяетъ означенному опредѣленію [2]); если же дѣло идетъ

---

[3]) Примѣры: право, предоставленное при назначеніи срока, возникаетъ лишь по истеченіи этого срока; рѣшеніе приводится въ исполненіи лишь по истеченіи 30 дней; теченіе процентовъ, опредѣленныхъ рѣшеніемъ, начинается по истеченіи 4 мѣсяцевъ.

[4]) Другіе примѣры: дѣйствіе юридическихъ актовъ существенно зависитъ отъ возраста дѣйствующаго (отъ того факта, что отъ его рожденія протекло столько то времени); excepti0 non numeratae pecuniae утрачивается по истеченіи 2 лѣтъ по заключеніи юридическаго акта; по древнѣйшему римскому праву по истеченіи такого-же времени прекращается обязательство sponsor'a и fidepromissor'a; въ нѣкоторыхъ случаяхъ бездѣйствіе, продолжающееся въ теченіи извѣстнаго времени, влечетъ за собой утрату права, такъ напримѣръ, просрочка уплаты канона или наемныхъ либо арендныхъ денегъ влечетъ за собой утрату эмфитевзиса или наемнаго либо арендаго права.

[1]) Напр. кто-либо обѣщаетъ что-нибудь доставить къ 1 іюля 1861 года; контрагентъ выговариваетъ себѣ право отказаться отъ договора до 1 іюля 1862 г. § 103.

[2]) Обѣщавшій что-либо доставить къ 1 іюля 1862 г. исполняетъ свое обяза-

объ опредѣленіи періода времени, то въ случаѣ сомнѣнія, слѣдуетъ принимать, что періодъ этотъ долженъ оканчиваться лишь съ послѣднимъ моментомъ означеннаго дня [3]); конечно, смыслъ опредѣленія времени можетъ быть и таковъ, что этотъ періодъ долженъ продолжаться до начала этого дня, слѣдовательно долженъ оканчиваться съ окончаніемъ предыдущаго дня.

2) Но моментъ и періодъ времени могутъ быть опредѣляемы и извѣстнымъ пространствомъ времени, имѣющаго протечь отъ даннаго начальнаго момента для того, чтобы данный пунктъ времени наступилъ и данный періодъ времени истекъ [4]). Къ этому случаю относятся слѣдующія правила:

а) Если назначаемое пространство времени выражено днями или совокупностью дней (lit. c. d), то подъ днями нужно разумѣть не дни подвижные (bewegliche), а календарные, т. е. не пространство времени въ двадцать четыре часа, заключающееся между начальнымъ моментомъ исчисляемаго времени (моментомъ рожденія, моментомъ заключенія договора и проч.) и соотвѣтствующимъ моментомъ какого нибудь слѣдующаго дня (естественное исчисленіе) [5]); но промежутокъ времени отъ полуночи до полуночи (юридическое исчисленіе) [6]). Хотя это правило основывается глав-

---

тельство доставленіемъ обѣщаннаго въ каждый моментъ 1 іюля. L. 50 D. de O et A. 44. 7, l. 42 D. de V. O. 45. 1, l. 186 D. de R. I. 50. 17, § 2 I. de V. O 3. 15, § 26 I. de inutil. stip. 3. 19; l. 118 § 1 D. de V. O. Зейф. Arch. I. 44, IV. 108.

[3]) Если узуфруктъ назначенъ: „до 31 декабря 1862 г.“, то въ случаѣ сомнѣнія это толкуется такъ: до 31 декабря включительно. Точно также объясняемъ былъ у римлянъ предлогъ intra. „Intra Kalendas etiam ipsae Kalendae sunt“, l. 1 § 9 D. de succ. ed. 38. 9. См. также l. 48 D. de cond. 35. 1, l. 5 C. quando dies 6. 53.

[4]) Напримѣръ, кто-нибудь обѣщаетъ что-либо „въ 4 недѣли“; инвентарь наслѣдству имѣетъ быть составленъ въ теченіи трехъ мѣсяцевъ по полученіи извѣстія объ открывшемся наслѣдствѣ; кто-либо имѣетъ стать совершеннолѣтнимъ по истеченіи 25 лѣтъ отъ рожденія.

[5]) Какъ у насъ, такъ и у римлянъ предѣлъ календарнаго дня есть полночь. Савиньи IV стр. 326.

[6]) „Non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus“, l. 134 D. de V. S. 50. 16. L. 6. D. de usurp. 41. 3, l. 3 § 3 D. de min. 4. 4. Римляне называютъ это: civiliter computare, l. 133 pr. cit. Выраженіе naturaliter computare, naturalis computatio не встрѣчается въ источникахъ, но оно вполнѣ соотвѣтствуетъ ихъ словоупотребленію. Ср. § 148 прим. 12.

нымъ образомъ на толкованіи воли лица, установляющаго срокъ, но оно получило обязательную силу для сроковъ, установленныхъ римскимъ правомъ, и для нынѣшнихъ процессуальныхъ сроковъ, въ первомъ случаѣ на основаніи самаго римскаго права [7]), а въ послѣднемъ на основаніи установившейся практики [8]), и вообще по отношенію къ срокамъ, опредѣляемымъ закономъ, судебнымъ распоряженіемъ или волею частныхъ лицъ, оно должно быть всегда соблюдаемо, развѣ въ данномъ случаѣ есть достаточныя основанія полагать, что желаемо было противное [9]). Но при этомъ рождаются еще слѣдующіе вопросы: [10]) Какой день считать первымъ, тотъ-ли, въ который приходится первый моментъ исчисляемаго времени, или слѣдующій? 1) Должно принять, что римское право установленные имъ сроки исчисляло первымъ способомъ [11]), такъ что послѣднимъ днемъ одногодичнаго пространства времени, начинающаяся съ 1-го января, будетъ 31 декабря того же года, а не

---

[7]) Хотя принципіально правило это нигдѣ не высказано, но источники придерживаются его въ цѣломъ рядѣ мѣстъ. L. 5 D. qui test. 28. 1, l. 1 D. de manum. 40. 1, l. 6. 7 D. de usurp. 41. 3, l. 134 pr. D. de V. S. 50. 16. Лишь въ одномъ случаѣ и то въ видѣ исключенія употреблено естественное исчисленіе. L. 3 § 3 D. de min. 4. 4. „Minorem autem XXV annis natu videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam, qua natus est, ut si captus sit restituatur. Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum; ut a momento in momentum tempus spectetur“. Что это ничто иное какъ исключеніе, это уже признано нынѣ всѣми, (см. впрочемъ Гольцшугера I § 43 № 5), между тѣмъ какъ прежніе писатели, напротивъ того, принимали за правило естественное исчисленіе, ср. Глюка III стр. 750 и сл., Лёра Arch. f. civ. Pr. XI стр. 424.

[8]) Только десятидневный аппеляціонный срокъ исчисляется въ практикѣ отъ момента объявленія рѣшенія до соотвѣтствующаго момента 10-го дня. Въ Nov. 23 c. 1, на которую опирается это исчисленіе, оно не находитъ себѣ оправданія.

[9]) Счетъ отъ момента до момента предполагаетъ, что тотъ моментъ событія (рожденіе, заключеніе договора и т. д.), съ котораго начинается теченіе срока, не только несомнѣнно извѣстенъ, но и твердо сохраняется въ памяти. Вотъ почему счетъ этотъ крайне труденъ и уже ради этого онъ не долженъ предполагаться безъ особыхъ основаній. Ср. Унгера § 106. прим. 4а—6.

[10]) Литература по этимъ вопросамъ очень богата. Прежнюю литературу см. у Вангерова I § 196. Въ новѣйшее время кромѣ того же Вангерова см. также въ особенности Савиньи IV § 182 и сл., Бахофена Zeitschr. f. civ. u. Pr. XVIII. 2. 11 (1843), Гушке тамъ же N. F. II стр. 166 и сл. (1846).

[11]) См. слѣдующее примѣчаніе. О римскомъ словоупотребленіи ср. Бахофена Zeitschr. f. civ. u. Pr. XVIII стр. 47 и сл. противъ Савиньи IV стр. 361. 362 und Beil. XI.

1-го января слѣдующаго [12]). Для процессуальныхъ сроковъ постоянною практикой введенъ противуположный способъ исчисленія [13]).

---

[12]) Вопросъ этотъ крайне спорный, и Савиньи IV § 182 и сл. пытался доказать, что послѣднимъ днемъ долженъ считаться тотъ, съ которымъ совпадаетъ математическій конецъ срока, слѣдовательно, въ приведенномъ въ текстѣ примѣрѣ 1-е января слѣдующаго года. Впрочемъ къ такому результату Савиньи приходитъ не потому, что онъ не принимаетъ въ расчетъ перваго календарнаго дня, а потому, что измѣряетъ теченіе срока вовсе не календарными, а подвижными днями, и только послѣдній подвижной день заканчивается у него не въ конечномъ математическомъ пунктѣ, а тотъ календарный день, въ который приходится этотъ пунктъ, разсматривается у него какъ нераздѣльное цѣлое. Противъ Савиньи и за исчисленіе, обозначенное въ текстѣ, высказалась большая часть новѣйшихъ писателей (о l. 8 D. de feriis 2. 12 см. Бахофена в. п. с. стр. 42 прим. 1), ср. однако Синтениса I стр. 228 и сл., Гольдшугера I § 43. № 2. 3. Источники не даютъ вполнѣ несомнѣннаго результата. L. 1 § 9 D. de succ. ed. 38. 9, l. 30 § 1 D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5, l. 134 D. de V. § 50. 16, l. 1 § 5. 6. 12 D. quando app. 49. 4 служили бы доказательствомъ въ пользу 31 декабря лишь въ томъ случаѣ, еслибы принять, что они считаютъ и первый день, а въ этомъ-то весь вопросъ и это то отвергаетъ Савиньи. Ничего нельзя заключить изъ l. 6 D. de O et A. 44. 7 и l. 132 pr. D. de V. S. 50. 16, въ коихъ вовсе нѣтъ указанія о томъ, который день есть dies novissimus и который extremus; равнымъ образомъ нельзя вывести чего-либо опредѣлительнаго изъ l. 1 D. de manum. 40. 1, въ которомъ „post sextam noctis pridie Kalendas“ можетъ означать: послѣ полуночи 31-го декабря, равно какъ и послѣ полуночи на 31 декабря. Скорѣе въ пользу 1-го января говоритъ l. 7 D. de usurp. 41. 3, въ коемъ „pridie Kal. Januarias“ едвали можетъ стоять въ другомъ падежѣ кромѣ родительнаго, такъ какъ словамъ этимъ непосредственно предшествуетъ „Kalendarum Januariarum“. Но остается еще объяснить, что требуется не столько начало 1-го января, сколько полное окончаніе 31-го декабря (см. слѣд. прим.), каковое объясненіе можетъ быть примѣнено къ Gell. Noct. Att. III. 2 („Q. quoque Mucium J. C. dicere solitum legi, non esse usurpatam mulierem, quae, cum Kal. Januariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, a. d. IV. Kal. Jan. sequentes usurpatum isset; non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabb. deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis“). L. 101 D. de R. I. 50. 17 говорило-бы въ пользу 1-го января (хотя и тутъ начальный день только присчитывается къ предыдущему), если бы было несомнѣнно извѣстно, что въ фрагментѣ этомъ мѣсяцъ считается въ 60 дней (ср. прим. 20). Остается еще l. 5 D. qui test. 28. 1, но и онъ, если только не прибѣгать къ крайней натяжкѣ, можетъ быть толкуемъ только въ смыслѣ указанія на 31 декабря.— Келлеръ § 73 хотя и отвергаетъ 1-е января, но по отношенію не къ нынѣшнему праву, а къ римскому.

[13]) Линде Civilprocesz § 174, Байеръ Vorträge стр. 475, Ветцель Civilprocesz § 68 прим. 76.

По отношенію къ прочимъ, нынѣ установленнымъ срокамъ, опасно выставлять общее правило; тутъ въ каждомъ данномъ случаѣ слѣдуетъ выяснять волю лица, опредѣляющаго срокъ, на основаніи употребленныхъ имъ выраженій [14]). 2) Какой моментъ слѣдуетъ считать концомъ исчисляемаго пространства времени, начальный или конечный моментъ послѣднаго дня? Въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ держаться послѣдняго; пока остается еще хоть одинъ моментъ дня, принадлежащаго къ извѣстному пространству времени, нельзя сказать, что время это уже истекло. Только по особымъ основаніямъ можно принять, что конецъ исчисляемаго пространства времени будетъ совпадать съ началомъ послѣдняго дня. Римское право признало это послѣднее по отношенію къ отдѣльнымъ случаямъ [15]); но выводить изъ этого общее правила опасно [16]).

---

[14]) Унгеръ (II стр. 198) того мнѣнія, что при срокахъ, устанавливаемыхъ нынѣ юридическими актами, въ случаѣ сомнѣнія нельзя считать и первый день; не понятно, почему слѣдуетъ поступать иначе при узаконенныхъ срокахъ. Вехтеръ (II стр. 828, 829) въ исключеніи изъ счета перваго дня усматриваетъ „нѣмецкій способъ исчисленія, употребляемый при особыхъ институтахъ германскаго и нашего мѣстнаго права и въ договорныхъ, завѣщательныхъ и судебныхъ срокахъ". Также опредѣляетъ по поводу одного договорнаго срока судебное рѣшеніе у Зейф. Arch. X. 25. Ср. allg. deutsche W. O. (общегерманскій вексельный уставъ) Art. 32:—„при исчисленіи срока не считается тотъ день, въ который выданъ вексель, уплачиваемый отъ такого-то числа, или вексель „по предъявленію", представленный къ принятію". H. G.B. (торг. код.) Art. 328 Nr. 1; — „при исчисленіи срока не считается день, въ который заключенъ договоръ". — Если считать отъ числа до числа (прим. 23), то этимъ самымъ вопросъ разрѣшается.

[15]) Для возраста annicului (l. 132 pr. l. 134 D. de V. S. 50. 16), для возраста, дающаго право) на отпущеніе на волю и составленіе завѣщанія (l. 1 D. de manum. 40. 1, l. 5 D. qui test. 28. 1), наконецъ въ l. 15 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3 для дня срока давностнаго владѣнія, между тѣмъ какъ въ l. 7 D. de usurp. 41. 3 вѣроятно требуется истеченіе послѣдняго дня. (Въ Gell. Noct. Att. III. 2 [прим. 12] не говорится, по крайней мѣрѣ прямо, что давностное пріобрѣтеніе супружеской власти (Ersitzung des Manus) оканчивается съ истеченіемъ послѣдняго дня, а говорится лишь что съ истеченіемъ этого дня оканчивается первый годъ супружества). Ср. еще l. 49 D. de cond. 35. 1.

[16]) Савиньи (IV стр. 410 и сл.) выставилъ за правило, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ идетъ дѣло о пріобрѣтеніи права, достаточно начала послѣдняго дня, между тѣмъ какъ необходимо истеченіе этого дня, если чрезъ бездѣйствіе въ продолженіи извѣстнаго времени право утрачивается, (ср. l. 6. D. de O et A. 44. 7), и большинство новыхъ писателей въ этомъ съ нимъ согласились. См. противъ него Бахофена в. п. с. 64 и сл. 335 и сл., а также

b) Если въ число исчисляемыхъ дней попадетъ день высокосный, то при узаконенныхъ срокахъ римскаго права день этотъ не считается. Ибо римскій календарь не считаетъ высокоснаго дня за особенный, но причисляетъ его въ качествѣ придатка къ смежному дню [17]); вотъ эту-то особенность римскаго календаря принимаетъ во вниманіе римское право при узаконенныхъ срокахъ, такъ что высокоснымъ днемъ каждый подобный срокъ удлиняется на одинъ день [18]), тогда какъ при срокахъ, опредѣленныхъ частными лицами, оно допускаетъ вѣроятность, что опредѣляющій желалъ, чтобы высокосный день считался за особенный день [18a]). Это послѣднее должно быть принято безусловно относительно нынѣшнихъ сроковъ, все равно, будутъ-ли они установлены закономъ, частнымъ лицомъ или по распоряженію суда, ибо помянутый римскій порядокъ нашему календарю вовсе не извѣстенъ [19]).

Вехтера II § 121 прим. 20, Унгера II стр. 300. 301. Старая доктрина видѣла сущность civilis computatio именно въ томъ, что „dies ultimus coeptus pro completo habetur“. Ср. Унгера II § 106. прим. 8.

[17]) L. 98 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 3 § 3 D. de min. 4. 4, c. 14 X. de V. S. 5. 40. День, къ которому присоединяется високосный день, есть 24 февраля, по римскому обозначенію: a. d. VI. kal. Martias, вотъ почему онъ обозначается и какъ a. d. VI. Kal. Martias и вотъ почему онъ называется bisextum. (Хотя bisextum въ l. 3 § 3 D. de min. 4. 4 и употребляется для обозначенія двойнаго дня, состоящаго изъ високоснаго и смежнаго съ нимъ дня, но это выраженіе стоитъ тамъ совершенно особнякомъ. Ѳ. Момзенъ. Jahrb. d. gem. R. III. стр. 358—363). Но вставляется ли високосный день предъ 24 февраля или прибавляется къ 24 февраля? Господствующее мнѣніе принимаетъ первое, ср. именно Арндтса Jahrb. d. gem. R. III. 10. Противъ этого по отношенію къ календарю императорскихъ временъ приводитъ вѣскія основанія Ѳ. Момзенъ röm. Chronologie стр. 279 и сл. втор. изд. и Jahrb. des gem. R. III. 14. Въ нашемъ нынѣшнемъ календарѣ високосный день несомнѣнно вставляется и потому имъ будетъ не 25, а 24 февраля; ибо день Св. Матвѣя, выпадающій въ простомъ году на 24 февраля, въ високосномъ падаетъ на 25 февраля. Совершенно невѣрно мнѣніе, будто високосный день есть 29 февраля. Ср. именно Савиньи IV стр. 457 и сл., Вангерова I § 197 прим. N. I. II.

[18]) L. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[18a]) L. 2 cit. i. f. (гдѣ слѣдуетъ читать: „sed et si quis fundum ea lege vendi derit ut, nisi in diebus XXX pretium esset salutum, inemtus esset fundus dies intercalaris proficiet emtori? Mihi contra videtur“). Савиньи IV § 193.

[19]) Этотъ способъ исчисленія не слѣдуетъ распространять на узаконенные сроки римскаго права, потому что римскія правила должны быть толкуемы въ ихъ собственномъ смыслѣ; а они разумѣли подъ днями дни римскаго календаря.

c) Если исчисляемое пространство времени выражено въ мѣсяцахъ, то, когда дѣло идетъ объ узаконенныхъ срокахъ римскаго права, подъ мѣсяцемъ нужно разумѣть совокупность 30 дней [20]), такъ однако, что на основаніи сказаннаго выше, высокосный день въ счетъ не входитъ [21]). Наоборотъ по отношенію къ нынѣшнимъ срокамъ, установляемымъ закономъ, судебнымъ распоряженіемъ [22]) или частными лицами, полнаго предпочтенія заслуживаетъ счетъ отъ одного числа мѣсяца до другаго какъ вѣроятно желаемый [23]).

Таково же и общее мнѣніе; противъ него Унгеръ II § 106 прим. 37. О новыхъ законодательствахъ см. Савиньи IV стр. 476 и сл.

[20]) Что римское право подъ мѣсяцемъ разумѣетъ пространство времени въ 30 дней, это мнѣніе господствующее. Оно опирается на l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 4 § 1 l. 11 § 6 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5 ср. съ l. 29 § 5 eod. и l. 1 § 10 D. ad SC. Turp. 48. 16, l. 22 § 2 C. de iure del. 6. 30 ср. съ § 11 eod., Nov. 115 c. 2, Paul R. S. IV. 9 § 5 ср. съ Censor. de die nat. c. 9. Съ этимъ конечно трудно согласить l. 101 D. de R. I. 50. 17, въ которомъ послѣднимъ днемъ двухмѣсячнаго срока названъ 61 день (объ эмендаціяхъ, къ помощи коихъ прибѣгали, см. Рейнфельдера der annus civilis стр. 149 и сл., Гушке Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. F. II стр. 166 — 180). Этому не противорѣчитъ l. 2 C. de temp. et rep. app. 7. 63; здѣсь мѣсяцъ не считается въ 31 день, но лишь прибавляется къ каждому истекшему мѣсяцу по одному дню. Еще менѣе противорѣчитъ тому l. 7 § 1 D. sol. matr. 24. 3, или даже l. 3 § 12 D. de suis 38. 16 въ связи съ l. 12 D. de statu hom. 1. 15. Савиньи IV стр. 339. 340.— Господствующее мнѣніе въ новѣйшее время отстаивали Рейнфельдеръ der annus civilis (1829) стр. 116 и сл. и Савиньи IV § 181, см. также Вангерова I § 194 прим. Другія мнѣнія были высказаны Шрадеромъ civil. Abhandlungen N. 3 (онъ исходитъ изъ того, что римляне считали мѣсяцъ двѣнадцатою долей 365 дней) и Бахофеномъ Zeitschr. f. Civ. и Pr. XVIII стр. 353 и сл. (1843), который находитъ уже въ источникахъ счетъ отъ числа до числа (прим. 23), за исключеніемъ однако того правила, что двухмѣсячный срокъ считается въ 61 день. Его мнѣнію послѣдовали Вехтеръ II § 121 прим. 6, Унгеръ II § 105 примѣч. 11.

[21]) Ср. l. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[22]) Однако по отношенію къ процессуальнымъ срокамъ принимается еще во вниманіе K. G. O. (угол. уст.) 30 § 4.

[23]) Кто обѣщаетъ что-либо „сегодня черезъ 3 мѣсяца“, о томъ при сомнѣніи слѣдуетъ полагать, что онъ, если это „сегодня“ есть 13-е апрѣля 1862 года, далъ обѣщаніе на 13 іюля 1862 г. Въ пользу этого Савиньи IV стр. 341 и сл., Вехтеръ II стр. 824, 825; противъ этого (безъ указанія основаній) Вангеровъ I § 194 прим. въ к. Рѣшеніе любекскаго верховнаго апелляціоннаго суда отъ 27 апрѣля 1865 г. у Зейф. Arch. XIX. 119 исходитъ изъ того, что при договорныхъ срокахъ нельзя считать вѣроятно желаемымъ ни того, ни другаго

d) Въ году, по римскимъ узаконеннымъ срокамъ, считается 365 дней [24]), при чемъ опять высокосный день въ счетъ не принимается[25]). Къ нынѣшнимъ же срокамъ примѣняется тоже самое, что было сказано выше относительно мѣсяцевъ.

§ 104.

Особеннымъ способомъ исчисляется промежутокъ времени въ томъ случаѣ, когда съ бездѣйствіемъ, продолжающимся въ теченіи извѣстнаго времени, сопряжена какая либо потеря. Онъ состоитъ въ томъ, что къ этому промежутку времени причисляются не всѣ дни, но лишь тѣ, въ которые данному лицу возможно было совершить требуемое дѣйствіе [1]). Тутъ примѣняются слѣдующія правила:

1. Этотъ способъ исчисленія составляетъ исключеніе и употребляется только тамъ, гдѣ онъ прямо признанъ правомъ. Изъ

способа исчисленія, если нѣтъ къ тому особыхъ основаній. Противнаго держится общегерманскій вексельный уставъ (allgem. deutsche W. O.) ст. 32. „При векселяхъ... время платежа наступаетъ... когда срокъ опредѣленъ... мѣсяцами или пространствомъ времени, обнимающемъ нѣсколько мѣсяцевъ (годомъ, полгодомъ четвертью года), въ тотъ день... мѣсяца уплаты, число котораго соотвѣтствуетъ дню выдачи или предъявленія векселя къ принятію“. Точно также общегерманскій торговый кодексъ (HGB.). ст. 328 № 2. Общ. зем. пр. (A. L. R.) II. 8 § 855. Code de commerce art. 132. Объ австрійскомъ уложеніи см. Унгера II стр. 289. 290.—Если въ послѣднемъ мѣсяцѣ нѣтъ дня, соотвѣтствующаго начальному дню, то нужно считать срокъ оконченнымъ съ послѣднимъ днемъ этого мѣсяца; мѣсячный срокъ, начинающійся 31 января, кончается 28 или 29 февраля. Ср. общегерманскій вексельный уставъ и общегерманскій торговый кодексъ (HGB.) в. п. м. Общ. зем. пр. (A. L. R.) II. 8 § 856.

[24]) L. 51 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 4 § 5 D. de statulib. 40. 7, l. 135 pr. D. de V. S. 50. 16.

[25]) L. 2 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

§ 104. [1]) Въ источникахъ употребляется для этого способа исчисленія слѣдующее техническое выраженіе: tempus utile numeratur, dies utiles numerantur, въ противуположность tempus continuum, dies continui. L. 2 pr. D. si quis ordo 38. 15, l. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3. § 16 I. de excus. 1. 25. Тоже при соединеніи дней въ мѣсяцы и годы, l. 19 § 6 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 C. de dolo 2. 21, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Соотвѣтствующія нѣмецкія выраженія суть: taugliche—laufende Zeit, Tage etc. etc.—Эльверсъ Themis стр. 125—184 полагаетъ, что подъ utilis annus слѣдуетъ разумѣть служебный годъ соотвѣтствующаго претора. Противъ этого Савиньи IV стр. 451—453, Арндтсъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIV. 1.

числа случаевъ, въ коихъ онъ признается римскимъ правомъ [2]), имѣетъ для насъ практическое значеніе только случай годичной и болѣе краткой давности иска. (§ 100) [3]).

2. Обращается вниманіе [4]) на всякое препятствіе, которое основано на какомъ-либо внѣшнемъ, преходящемъ [5]) событіи [6]), происшедшемъ не по винѣ просрочившаго, или же на извинительномъ заблужденіи со стороны послѣдняго [7]).

---

[2]) Римское право признаетъ это исчисленіе только: 1) при срокахъ, основывающихся на предписаніи закона; 2) при срокахъ, не превышающихъ года; 3) при срокахъ, въ теченіи коихъ имѣетъ быть предпринято какое-либо судебное дѣйствіе; но и 4) не во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ сходятся эти признаки. Савиньи стр. 424 и сл.

[3]) См. кромѣ того l. 2. pr. D. quis ordo 38. 15, l. 11 § 5. 6 l. 29 § 5 D. ad. leg. Iul. de adult. 48. 5, l. 1 § 7 D. quando app. 49. 4, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53, l. 1 pr. C. de ann. exc. 7. 40.

[4]) L. 2 D. si quis ordo 38. 15, l. 1 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

[5]) Для продолжительныхъ состояній такого рода, именно несовершеннолѣтія, умопомѣшательства и т. п. есть особыя исчисленія. Савиньи IV стр. 436—440.

[6]) У римлянъ принималось во вниманіе недоступность судьи, чего у насъ уже нѣтъ въ такой мѣрѣ. Кромѣ того упоминаются: нахожденіе въ военномъ плѣну, отсутствіе ради государственной службы, тюремное заключеніе, болѣзнь, непогода, воспрепятствовавшая двинуться въ путь, скрывательство противника. Савиньи стр. 428—433.

[7]) Послѣднее отвергаетъ Савиньи (IV. стр. 433—436. III стр. 403—417), причемъ онъ однако прибавляетъ, что пропустившій срокъ тогда въ правѣ былъ бы ссылаться на заблужденіе, когда онъ могъ бы доказать, что весьма трудно было обнаружить это заблужденіе. Но это ограниченіе не вытекаетъ изъ l. 15. § 4. 5 D. quod vi 42. 24, l. 6 D. de calumn. 3. 6, l. 55 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 C. de dolo 2. 21 и не доказано, что въ l. 2 D. si quis ordo 38. 15, какъ утверждаетъ Савиньи, заблужденіе принимается во вниманіе лишь на основаніи прямаго предписанія закона. Но l. 19 D. de min. 4. 4, l. 6 § 14 l. 10 § 18 D. quae in fr. cr. 42. 8, l. 29 § 5 D. ad leg. Iul. de ad. 48. 5 и l. 1 § 10 D. ad SC. Turp. 38. 16, на которыя ссылается еще Савиньи, имѣютъ въ виду только установить начальный моментъ срока вообще, а вовсе не говорятъ чтобъ онъ не могъ измѣниться чрезъ заблужденіе. Ср. также Вехтера II § 121 прим. 14. Blätter f. RAnwend. Ergänzungsband zum 31 и 32. T. стр. 411—414. —Но заблужденіе можетъ быть принято въ соображеніе и въ томъ случаѣ, если не идетъ въ счетъ utile tempus, напр. § 16 I. de excus. 1. 25. Прежде это называлось: tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus. Объ этомъ, а равно и о т. н. tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus см. Савиньи IV стр. 446—453.

С. Давность *).

1. Вообще.

§ 105.

Давностью могутъ права какъ установляться, такъ и прекращаться. Подъ этимъ разумѣется, что права установляются или прекращаются вслѣдствіе того, что фактическое состояніе ихъ осуществленія или неосуществленія продолжалось въ теченіе долгаго времени. Это фактическое состояніе вслѣдствіе своего продолжительнаго существованія превращается въ существующее по праву и уже безспорное [1]).

Сообщая давности такую силу [2]), право признаетъ истину, которая имѣетъ значеніе не въ одной лишь области права. Время есть сила, отъ которой вовсе не можетъ освободиться человѣческая мысль; что долго существовало, уже потому только, что оно существовало, кажется намъ чѣмъ-то твердымъ и непреложнымъ; бѣда, если мы обманемся въ этомъ ожиданіи [3]). Притомъ состоянія, на которыя давность налагаетъ печать правомѣрности, не

*) Унтергольцнеръ ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2 т. 1 изд. 1828, втор. изд., передѣланное Ширмеромъ, 1858.

[1]) Для того, что мы называемъ давностью, у римлянъ не было соотвѣтствую-
105. щаго названія. Употребляемое новыми писателями выраженіе praescriptio на римскомъ юридическомъ языкѣ означаетъ (особый родъ) возраженій, а потому также и возраженіе о давности, temporis или temporalis praescriptio. Но уже глоссаторы, а послѣ нихъ каноническое право разумѣютъ подъ praescriptio просто давность. Два возможныя направленія давности стали обозначаться какъ praescriptio acquisitiva и praescriptio exstinctiva. Эти выраженія обыкновенно переводятъ словами: пріобрѣтательная и погасительная давность. Такъ какъ первая предполагаетъ владѣніе, то ее умѣстно называть давностью владѣнія (Ersitzung). Этому выраженію соотвѣтствуетъ римское выраженіе usucapio.

[2]) Ср. съ слѣдующимъ Савиньи IV стр. 305—308. V стр. 267—272, Вехтера II стр. 804.

[3]) L. 1 D. de usurp. 41. 3. „Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia esset“. L. 5 pr. D. pro suo 41. 10: —„ut aliquis litium finis esset.“ L. 2 pr. D. de aqua et aquae 39. 3:—„vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa“. Юстиніанъ по своему выражаетъ это такъ: „ne prossessores... prope immortali timore teneantur“, l. 7 pr. C. de praescr. XXX 7. 39. Ср. Cic. pro Caecina c. 26: „usucapio... hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium...“

всегда были въ началѣ неправомѣрными. Быть можетъ, дѣйствительно существовало осуществленное право, а неосуществленнаго права на самомъ дѣлѣ вовсе не было; да въ пользу этого говоритъ даже извѣстная вѣроятность: ибо иначе едва-ли можно допустить, чтобы противникъ столь долго оставилъ существующее состояніе безъ всякаго возраженія. Если же давность дѣйствительно превращаетъ голый, неправомѣрный фактъ въ право, то тотъ, кого давность лишаетъ чего нибудь, во всякомъ случаѣ терпитъ эту потерю не несправедливо; потому что въ теченіе столь долгаго времени онъ могъ прервать существующее состояніе и тѣмъ предохранить себя отъ его невыгодныхъ послѣдствій; а такъ какъ онъ этого не сдѣлалъ, то долженъ терпѣть эти послѣдствія [4]).

Поэтому положительное право не легко могло бы совершенно отказать давности въ своемъ признаніи; но предѣлы этого признанія могутъ быть различны. Римское право признавало давность не для всѣхъ правъ. Оно вовсе не держалось того общаго положенія, что права пріобрѣтаются вслѣдствіе продолжительнаго осуществленія и теряются вслѣдствіе продолжительнаго неосуществленія ихъ. Первое или второе, или то и другое вмѣстѣ оно признавало лишь по отношенію къ опредѣленнымъ правамъ [5]), давность должна была особо доказываться по отношенію къ каждому праву, къ которому предстояло примѣнить ее. Вотъ почему въ римскомъ правѣ и нѣтъ общей теоріи давности, а существуютъ лишь правила для частныхъ примѣненій послѣдней [6]).

---

[4]) Въ приведенномъ въ предыдущемъ примѣчаніи l. 1 D. de usurp. 41. 3 говорится далѣе: „cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium“. Ср. l. 2 C. de ann. exc. 7. 40:—„ut... sit aliqua inter desides et vigilantes differentia“; l. 3 eod.:—„contra desides homines et sui iuris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt“.

[5]) Установительную давность оно признавало именно при собственности и сервитутахъ, прекратительную — при сервитутахъ и притязаніи. О примѣненіи давности къ остальнымъ вещнымъ правамъ см. ниже при ихъ изложеніи. Давность не приложима къ обязательствамъ, насколько съ ними не соприкасается давность притязаній, и къ семейнымъ правамъ.

[6]) Этого часто не замѣчали прежнія теоріи, что не осталось безъ реакціи; ср. именно Савиньи IV § 178. Но съ другой стороны было бы крайностью совершенно изгонять понятіе давности изъ теоріи права. Дѣлать этого не слѣдовало бы уже потому, что это понятіе существуетъ въ самой жизни, и слѣдовательно, постоянно будетъ вторгаться въ право, и притомъ безъ всякой системы,

Отсюда можно бы вывести, что здѣсь, въ общей части системы, нѣтъ мѣста для общаго ученія о давности. Но это не такъ, и притомъ по двумъ причинамъ.

1. По римскому праву вслѣдствіе продолжительнаго неосуществленія прекращаются хотя не всѣ вообще права, но всѣ вообще притязанія; тѣмъ не менѣе понятіе притязанія, подобно понятію права, есть понятіе общее (§ 43).

2. Въ новѣйшемъ правѣ выработалось особое примѣненіе давности, несомнѣнно относящееся къ правамъ вообще, это такъ называемая незапамятная давность [7]).

если оно не будетъ регулировано. Безъ сомнѣнія справедливо, если не по отношенію къ давности вообще, то по отношенію къ прекратительной давности, что границы ея легко сглаживаются. Весьма вѣрно замѣчаютъ, что давность имѣетъ мѣсто лишь тамъ, гдѣ утрачивается какое нибудь право на основаніи неосуществленія его въ теченіе извѣстнаго времени, а не тамъ, гдѣ съ истеченіемъ извѣстнаго времени оно утрачивается лишь потому, что юридическій порядокъ въ силу другихъ основаній съ самаго начала опредѣлилъ для его существованія только извѣстное пространство времени, какъ это, напримѣръ, сдѣлано по отношенію къ праву собственника на выкупъ вещи послѣ обращенія ея въ собственность закладопринимателя, (§ 238 прим. 5), или по отношенію къ праву противъ sponsor'a и fidepromissor'a по lex Furia (Gai. III. 121), ср. Демеліуса Untersuchungen aus dem Civilrecht стр. 3 — 7, Унгера II стр. 275—277—и что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ нельзя съ увѣренностью распознать, имѣется ли юридическое опредѣленіе послѣдняго рода или дѣйствительное опредѣленіе давности, нельзя даже утверждать, что извѣстное юридическое опредѣленіе, по мысли автора его, должно постоянно носить тотъ или другой характеръ исключительно. Такимъ образомъ справедливо, что для опредѣленія понятія давности выбранъ скользкій путь, а старая теорія показала, до чего можно дойти этимъ путемъ. Вѣдь говорили же объ утратѣ права чрезъ „momentanea praescriptio", причемъ разумѣли случай, когда какое нибудь право можетъ быть осуществлено лишь въ данную минуту, какъ, напримѣръ, право необходимой обороны въ минуту нападенія, и когда этотъ моментъ пропущенъ — противъ чего, правда, высказался уже Rave de praescriptionibus p. 3. Ср. указанія объ этихъ старыхъ воззрѣніяхъ у Унгера II § 104 въ н. Противъ этого то ложнаго пути слѣдуетъ предостеречь, и можно бы прибавить, что общее понятіе давности именно вслѣдствіе этой легкости перехода въ другія понятія совершенно неспособно стать основою юридической теоріи; какъ бы то ни было слѣдуетъ въ особенности указать на то, что такою основою оно не было въ римскомъ правѣ: но изъ всего этого не слѣдуетъ, чтобы на самомъ дѣлѣ не было понятія давности, и юридическая теорія не разъяснитъ дѣла, если она станетъ игнорировать это понятіе.

[7]) Praescriptio immemorialis, а также indefinita, въ противоположность praescriptio definita.

Слѣдовательно, здѣсь должно быть подробно сказано о давности притязаній и о незапамятной давности.

2. Давность притязаній *).

ВВЕДЕНІЕ.

§ 106.

Притязанія прекращаются вслѣдствіе того, что они неосуществляются въ теченіе долгаго времени, хотя бы имъ и не соотвѣтствовало фактическое состояніе. Впрочемъ, этимъ лишь въ самыхъ общихъ чертахъ обозначаются условія давности притязаній, подробности о ней будутъ изложены въ §§ 107—111.

Такъ какъ римляне смотрѣли на притязаніе вообще какъ на право иска, actio (§ 44), то и давность притязаній является у нихъ въ видѣ давности исковыхъ правъ, actiones. Вотъ почему и нынѣ принято говорить о давности исковъ вмѣсто давности притязаній. Но этимъ воспроизводятъ лишь выраженіе римлянъ, а не сущность дѣла[1]).

Давность притязаній (actiones) отнюдь не есть первоначальный

---

*) Рейнгардтъ die usucapio und praescriptio des röm. R. (1832) стр. 232 и сл. Кирульфъ стр. 189—215, Савиньи V. § 237—252, Синтенисъ I § 31, Вехтеръ II § 118. 119, Унгеръ II § 119—122.—Приведенное въ § 105 сочиненіе Унтергольцнера разсматриваетъ это ученіе не въ одномъ и томъ же мѣстѣ; но см. именно II §. 252 и сл.

[1]) Когда римляне говорятъ объ actio, то они желаютъ указать на специфическій моментъ права на искъ (Klagebefugnisz), то-есть, не моментъ права жаловаться суду въ противоположность самому управомочію, но само управомочіе; судебное преслѣдованіе есть у нихъ выраженіе этого управомочія. Нынѣ, если мы говоримъ о давности „исковъ“ (Klagen), то намъ постоянно грозитъ опасность дѣлать изъ специфическаго момента права на искъ выводы, которые вовсе нельзя назвать римскими.—Нѣкоторые писатели поняли это очень вѣрно. Линде (Zeitschr. f. Civ. и Pr. II. стр. 153) говоритъ о давности „правъ,“ что, конечно, слишкомъ широко, такъ какъ это выраженіе обнимаетъ собою и давность вещныхъ правъ, не имѣющую ничего общаго съ давностью иска. Наоборотъ Вехтеръ (II стр. 806, ср. стр. 476 прим. 1), употребляетъ уже слишкомъ узкое выраженіе „Schuldverjährung“ (долговая давность), такъ какъ вещное притязаніе едва ли подойдетъ подъ выраженіе долгъ (Schuld). Ср. Виндшейда die Actio и т. д. стр. 38. § 106.

римскій институтъ. Первоначально искъ (actio) давности не подлежалъ; actiones, ограниченныя временемъ, установлены впервые преторомъ; остальныя частныя опредѣленія присоединились сюда уже въ послѣдствіи; правило о давности исковъ впервые высказано было въ 5-мъ столѣтіи [2]).

Изъ этого правила существуетъ только одно исключеніе; давностью не подлежатъ податныя требованія казны [3]).

---

[2]) Ѳеодосіемъ II a. 424 (l. un C. Th. de actionibus certo tempore finiendis 4. 14=l. 3 C. de praescr XXX. 7. 39). Нормальнымъ срокомъ давности Ѳеодосій назначилъ 30 лѣтъ, причемъ онъ однако допустилъ и болѣе краткіе давностные сроки. Подробнѣе объ исторіи этого предмета см. у Пухты Inst. §. 208. Нужно сравнить также: Демеліуса Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht (1856) № 1. Этотъ послѣдній писатель полагаетъ, что между древнею, до ѳеодосіевскою давностью и давностью притязаній, введенною Ѳеодосіемъ, существуетъ принципіальное различіе; только послѣдняя есть будто-бы истинная давность, только она зиждется на непрерывномъ бездѣйствіи управомоченнаго, между тѣмъ какъ древнѣйшія постановленія будто-бы съ самаго начала ограничивали отдѣльные actiones опредѣленнымъ временемъ, сообразно особому содержанію правоотношенія, дѣлали изъ нихъ actiones temporales. Можно пожалуй согласиться, что тутъ дѣйствительно есть различіе,—но еще вопросъ, можетъ ли оно быть проведено столь рѣзко, какъ это дѣлаетъ Демеліусъ; развѣ древнія постановленія не принимали тоже въ соображеніе затемняющую и нивелирующую, или по словамъ Бринца (Pand. стр. 164), „сливающую право съ неправомъ“ силу времени, признавая ее хотя только для нѣкоторыхъ притязаній, но и для послѣднихъ допуская наступленіе ея особенно рано ради ихъ особой природы? (Ср. § 105 прим. 6). Какъ бы то нибыло, не слѣдуетъ торопиться дѣлать изъ этого различія какія бы то ни было выводы. Самъ Демеліусъ соглашается, что это различіе уже не встрѣчается въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ и что потому правила императорскихъ постановленій слѣдуетъ относить и къ древнимъ actiones temporales. Но перенести наоборотъ право послѣднихъ на новую давность онъ не хочетъ. На мой взглядъ, несправедливо; то, что само римское право считало единымъ, нераздѣльнымъ институтомъ, мы не въ правѣ раздвоять лишь на томъ основаніи, что намъ покажется, будто основа относящихся къ этому институту правоположеній не одинакова.—Тѣ же мысли, что у Демеліуса, встрѣчаются независимо отъ него и у Бринца. Pand. § 47.

[3]) L. 6 C. de praescr. XXX 7. 39. Савиньи стр. 410, утверждаетъ, будто это исключеніе нынѣ «уже не признается». Я не могъ найдти никакой точки опоры для этого мнѣнія, къ которому присоединились Пухта, Арндтсъ, Синтенисъ (даже и самъ въ 1 изданіи). Ср. Унтергольцнера II стр. 403, Вангерова I §. 148 прим. 2 № 4, Гольдшугера II §. 19 № 10.—Другія исключенія римскаго права касаются отношеній, нынѣ уже не встрѣчающихся. L. 3

Что притязаніе на раздѣлъ не подлежитъ давности, въ этомъ нѣтъ никакого изъятія, какое обыкновенно въ этомъ случаѣ усматриваютъ, ибо притязаніе это вновь возникаетъ въ каждый моментъ существованія товарищества [4]).

Давность не можетъ быть устранена и договоромъ, такъ какъ она введена въ силу общественнаго интереса [5]).

a. Условія давности.

α. Неудовлетвореніе притязанія. Начало давности.

§ 107.

Первое условіе давности притязанія есть неудовлетвореніе послѣдняго; пока притязаніе удовлетворяется, т. е. пока существуетъ требуемое имъ фактическое состояніе, о теченіи давности по отношенію къ нему не можетъ быть и рѣчи [1]). Наоборотъ при неудовлетвореніи притязанія давность начинаетъ свое теченіе съ момента возникновенія самого притязанія [2]). Возникшимъ [3]) же при-

---

C. de l. t. praescr. quae pro lib. 7. 22, l. 5 C. de praescr. XXX 7. 39; l. 23 pr. C. de agric. 11. 47.

[4]) Само собою разумѣется, что прочія притязанія изъ товарищества подлежатъ обыкновенной давности, l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40, ср. l. 6 C. fin. reg. 3. 39.

[5]) Другое дѣло отрѣченіе отъ юридическаго положенія, пріобрѣтеннаго посредствомъ давности; оно вполнѣ допускается. Савиньи V стр. 411—413.

[1]) Чрезъ удовлетвореніе притязанія оно въ большей части случаевъ прекра- § 107.
щается, такъ что уже по этому одному не можетъ быть рѣчи о давности. Но это не необходимо; такъ, это не имѣетъ мѣсто именно при притязаніяхъ, направленныхъ на несовершеніе чего нибудь, далѣе при тѣхъ положительныхъ притязаніяхъ, кои направлены на созданіе какого-нибудь продолжительнаго состоянія.

[2]) L. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40:—„ex quo ab initio competit et semel nata est (actio)“. L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39: — „actiones XXX annorum inigi silentio, ex quo iure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem“. L. 30 C. de I. D. 5. 12. Новые юристы обыкновенно употребляютъ выраженіе actio nata въ техническомъ смыслѣ. Ср. Демеліуса Untersuchungen стр. 115. 204.

[3]) Вопросъ объ „actio nata“, о „возникновеніи (Nativität) исковъ“ имѣетъ обширную литературу. Ср. кромѣ писателей, поименованныхъ въ § 106: Унтергольцнера Verjährungslehre I §. 88. II §. 260. 264 — 266, Тона (Thon) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. 1 (1835), Ленца Studien u. Kritiken и т. д. № 4

тязаніе считается со времени лежащаго въ его основаніи права; притязаніе есть ничто иное, какъ само право въ его направленіи къ подчиненію человѣческой воли (§ 43). Это въ равной мѣрѣ вѣрно какъ по отношенію къ вещному, такъ и по отношенію къ личному притязанію. Если же тѣмъ не менѣе давность вещнаго притязанія не начинается съ возникновеніемъ вещнаго права, подобно тому, какъ личное притязаніе начинается съ возникновенія личнаго права, то это объясняется тѣмъ, что возникающее съ вещнымъ правомъ притязаніе само по себѣ удовлетворено до тѣхъ поръ, пока въ наличности имѣется ничто иное какъ вещное право. Это притязаніе направлено къ тому, чтобы никто не нарушалъ господства надъ вещью, доставляемаго вещнымъ правомъ; пока никто не нарушаетъ этого господства, до тѣхъ поръ управомоченный имѣетъ то, чего онъ можетъ требовать въ силу вещнаго притязанія. А потому давность вещнаго притязанія начинается лишь тогда, когда опредѣленнымъ лицомъ произведено нарушеніе вещнаго господства и когда тѣмъ самымъ управомоченный лишился чего-либо, что онъ долженъ бы имѣть въ силу своего притязанія[4]). Иное дѣло при личномъ притязаніи. А именно, когда личное право, съ коимъ возникаетъ личное притязаніе, направлено на несовершеніе чего-либо лицомъ обязаннымъ, то къ личному притязанію примѣняется то же самое, что и къ притязанію, возникающему вмѣстѣ съ вещнымъ правомъ; оно удовлетворено уже съ момента возникновенія,

---

(1847), Вангерова Arch. f. civ. Pr. XXXIII. 12 (1850) и Pand. I §. 147 прим., Бракенгефта (Brackenhöft) Arch. f. prakt. RW. IV. 3 (1856), Демеліуса Untersuchungen № 2 (1856), Унгера II §. 116.

[4]) Но вопросъ возникаетъ о томъ случаѣ, когда нарушеніе послѣдовало по волѣ управомоченнаго, напримѣръ, когда собственникъ добровольно передалъ свою вещь другому, подъ условіемъ возврата ея въ послѣдствіи. Нарушеніе здѣсь все-таки имѣется и потому тотчасъ возникаетъ и притязаніе собственника противъ владѣльца (ср. l. 9 D. de R. V. 6. 1). Но начинается ли тотчасъ и теченіе давности для такого притязанія, это зависитъ отъ того, обязался ли собственникъ предоставить владѣльцу вещь на опредѣленное время или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ (напримѣръ, при наймѣ) теченіе давности притязанія начинается только по истеченіи указаннаго времени, такъ какъ до этого времени ему противодѣйствовало возраженіе (§ 109, l. 7 §. 6 C. de praescr. XXX 7. 39); во второмъ случаѣ (напримѣръ, при precarium), гдѣ осуществленію притязанія не противодѣйствуетъ это препятствіе, теченіе давности начинается тотчасъ же (l. 2 C. de praescr. XXX 7. 39 говоритъ о давностномъ владѣніи, Демеліусъ Untersuch. стр. III прим. 2). Ср. прим. 5 въ к. и Унгера § 116 прим. 15 § 120 прим. 7a.

а потому давность для него начинается не со времени его возникновенія, а съ того времени, какъ обязанное лицо перестаетъ подчиняться ему. Если же личное притязаніе направлено на извѣстную дѣятельность обязаннаго лица, то пока не наступила эта дѣятельность, притязаніе не будетъ удовлетворено, а потому теченіе его давности начинается тотчасъ же, при чемъ нѣтъ надобности, чтобъ обязанному было сдѣлано напоминаніе объ исполненіи обязанности и чтобъ онъ уклонился отъ этого исполненія [5]).

---

5) Объ этомъ вообще нѣтъ спору, за исключеніемъ того разряда случаевъ, когда управомоченный, не будучи связанъ опредѣленнымъ срокомъ (что въ этомъ случаѣ давность начинается лишь по истеченіи этого срока, въ этомъ всѣ согласны, см. прим. 7 съ текстомъ и § 109 № 1), заявилъ однако открыто или безмолвно, что на время воздержится отъ всякаго пользованія своимъ притязаніемъ какъ напримѣръ при займѣ, данномъ безъ всякихъ оговорокъ, или съ оговоркою, что получатель можетъ удержать занятое до тѣхъ поръ, пока заимодавецъ не потребуетъ обратно („auf Kündigung“, „bis zur Kündigung“, ср. l. 48 D. de V. O. 45. 1: „decem cum petiero“), далѣе при поклажѣ, precarium, при удержанномъ за собою правѣ выкупа (обыкновенно сюда же относимый случай commodatum сюда не относится, такъ какъ ссужающій обязанъ оставить вещь у ссужаемаго дотолѣ, пока этотъ воспользуется ею), ср. Демеліуса Untersuch. стр. 178 и сл., Унгера II §. 116 прим. 11. По отношенію къ этимъ случаямъ извѣстные писатели (Кирульфъ стр. 193 и сл., Савиньи V стр. 291 и сл., Синтенисъ I стр. 281 и сл., Пухта Vorles. I стр. 204—206, Келлеръ стр. 172, 173) утверждаютъ, что actio nata является лишь тогда, когда обязавшійся на требованіе вѣрителя отказался доставить удовлетвореніе. Это мнѣніе опирается не столько на источникахъ, противъ опредѣленій коихъ оно лишь защищается и притомъ въ силу правильнаго толкованія безуспѣшно (см. l. 1 §. 22 D. dep. 16. 3, l. 94 §. 1 D. de sol. 46. 3, l. 8 §. 7 D. de prec. 43. 26, и объ этомъ Виндшейда die Actio и т. д. стр. 42 прим. 11 [гдѣ однако на стр. 43 вторая строка примѣчанія сверху слѣдуетъ читать „nicht nicht“ вмѣсто „nicht“]), сколько на существѣ дѣла, при чемъ утверждаютъ, что до помянутаго удовлетворенія должникъ не совершилъ еще никакого правонарушенія. Но этотъ аргументъ не касается защищаемаго здѣсь воззрѣнія, относящаго теченіе давности къ притязанію; для господствующаго воззрѣнія, относящаго теченіе давности къ праву иска, аргументъ этотъ крайне сомнителенъ, — право иска, то-есть, право жаловаться, призывать государство на помощь, можетъ быть дано только потерпѣвшему правонарушеніе. Тѣ, кои отвергаютъ это (Тонъ стр. 33 и сл., Ленцъ стр. 237 и сл., Вангеровъ Arch. стр. 295 и сл. и Pand. § 147 прим. № I. 2, Унгеръ стр. 377 и сл.), на самомъ дѣлѣ разумѣютъ подъ исковымъ правомъ, искомъ, ничто иное какъ то, что здѣсь названо притязаніемъ, такъ что остается еще спорить только о названіяхъ. Мнѣніе Вехтера (II стр. 412 — 413. 807), что правонарушеніе, обусловливающее искъ, заключается уже въ неудовлетворенности самаго притязанія, подлежитъ спору именно по отношенію къ

Условное притязаніе не есть еще возникшее притязаніе (§ 89) а потому теченіе его давности начинается лишь съ наступленіемъ условія [6]). Точно также срочное притязаніе не есть еще возникшее притязаніе (§ 96); а потому теченіе его давности начинается лишь съ наступленіемъ назначеннаго для него срока [7]). Вслѣдствіе того при притязаніяхъ на періодически повторяющіеся взносы (ренты, проценты, наемныя и арендныя деньги) для всякаго взноса, коему наступилъ срокъ, течетъ особая давность; однако поло-

---

указанному случаю: можетъ ли кто нибудь жаловаться на то состояніе, которое существуетъ по его волѣ? И Д е м е л і у с ъ (Untersuch. стр. 146 и сл.) полагаетъ, что въ объективномъ состояніи неудовлетворенности притязанія основаніемъ служитъ хотя и не самое право иска, но все-таки его давность, что право иска возникаетъ въ одно время съ лежащимъ въ его основѣ правомъ (actio nata въ одномъ смыслѣ), но что лишь неудовлетвореніе права иска вызываетъ его къ дѣятельности, такъ что уже можетъ быть рѣчь о бездѣйствующемъ исковомъ правѣ (actio nata въ другомъ смыслѣ). Если измѣнить и здѣсь слова право иска словомъ притязаніе, то въ сущности нечего будетъ возражать. Прежніе писатели прибѣгали къ слѣдующему правилу: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris. Правило это встрѣчается у У н т е р г о л ь ц н е р а II §. 260, но со времени возраженій Т о п а (Zeitschr f. Civ. u. Pr. VIII. 1 § 1—12 (1835) оно всѣми отвергнуто. Однако въ немъ есть и доля истины, см. прим. 9. О всемъ вопросѣ см. Виндшейда die Actio и пр. стр. 41—45. Ц р о д л о в с к і й (Zrodlowski) Arch. f. civ. Pr. LII 14. Практика стоитъ еще преимущественно на точкѣ зрѣнія теоріи нарушенія, но такъ однако, что при процентномъ займѣ она усматриваетъ установляющее искъ правонарушеніе даже въ неплатежѣ процентовъ. Такъ признано и въ рѣшеніяхъ у З е й ф. Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XIII. 6, XVI. 3, XVIII. 2, см. тоже XIV. 204. Правильный взглядъ проводится въ рѣшеніяхъ V. 272, XVII. 203, см. тоже XVIII. 233. Штутгартскій обертрибуналъ въ послѣднее время (XIX. 7) рѣшилъ, что давность при безпроцентномъ займѣ начинается немедленно со времени его выдачи, при процентномъ же займѣ лишь съ востребованія или просрочки платежа процентовъ, — непослѣдовательность, которую порицалъ уже издатель Архива. З е й ф. Arch. XXII. 206. XXIII. 7.—Впрочемъ разсмотрѣнный здѣсь вопросъ повторяется и при вещныхъ притязаніяхъ, хотя къ нимъ его обыкновенно не относятъ. Что касается притязанія о собственности со стороны лица, которое дало какую нибудь вещь precario, то это притязаніе, подобно притязанію личному, устанавливается немедленно, и владѣлецъ до обратнаго требованія вещи не совершаетъ никакого правонарушенія чрезъ неисполненіе этого требованія. См. прим. 4.

6) L. 7 §. 4 C. de praescr. XXX 7. 39.

7) L. 7 §. 4 C. cit., ср. l. 8 i. f. C. qui bonis 7. 71. Но на срочное притязаніе можно смотрѣть еще иначе, именно можно считать, что оно получаетъ

жительно опредѣлено, что давностью притязанія на капиталъ исключается всякое дальнѣйшее притязаніе на проценты [8]).—

Есть случай, когда давность притязанія начинается уже до его возникновенія; это именно тогда, когда возникновеніе притязанія поставлено въ зависимость отъ одной воли управомоченнаго. Притязаніе, возникновеніе котораго зависитъ отъ одного моего слова, можетъ быть мною приведено въ дѣйствіе точно также, какъ и притязаніе, которое мнѣ теперь уже принадлежитъ, а потому мое бездѣйствіе по отношенію къ нему будетъ имѣть тоже значеніе, какъ и бездѣйствіе по отношенію къ возникшему уже притязанію [9]).

бытье тотчасъ же, но не тотчасъ можетъ быть приведено въ дѣйствіе (§ 96). Если понимать его такимъ образомъ, то положеніе, что назначеніе срока исключаетъ давность, относится не сюда, а къ § 109.

[8]) L. 7 §. 6 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 26 pr. C. de us. 4. 32. Зейф. Arch. IV. 201 № II, VI. 3, XIII. 6, XIV. 110, XVIII. 2,—Подлежитъ ли давности и право на срочное доставленіе, какъ таковое? Вопросъ этотъ споренъ со времени глоссаторовъ. Въ прежнее время большинство писателей отвѣчали на него отрицательно, см. именно I. H. Boehmer Exerc. ad. Pandectas V n° 85. ius. eccl. Prot. II 26 §. 4—24; въ новое же время преобладающее мнѣніе стоитъ за утвердительный отвѣтъ, однако лишь при предположеніи послѣдовавшаго со стороны должника спора противъ права въ цѣломъ его объемѣ. См. Унтергольцнера II стр. 306, Савиньи V стр. 312, Синтенисъ I § 31 прим. 35, Гольцштугера I § 19 № 3; Зейф. Arch. I. 156, III. 138, VI. 4 въ к., IX. 117. 323, XI. 6 (въ примѣчаніи), XIV. 110. 117 № I, XVI. 2, XVII. 83. Ср. тоже Бухка и Будде Entscheidungen IV. 41. Отказа отъ доставленія удовлетворенія не требуютъ рѣшенія у Зейферта: I. 157, III. 3, VI. 4 въ н., VI. 132, и въ этомъ же смыслѣ высказался Герберъ Jahrb. f. Dogm. II стр. 47. 48. Ср. еще Зейф. Arch. XIV. 117 № II. III. Противъ всякой давности права въ цѣломъ его объемѣ высказался въ послѣднее время снова Демеліусъ Untersuchungen стр. 200—203; ему слѣдуютъ Ширмеръ zu Unterh. § 262 прим. 740, Унгеръ § 120 прим. 10. Въ пользу этого мнѣнія говорятъ l. 7 §. 6 C. de praescr. XXX 7. 39 и l. 46 § 9 C. de ep. et cl. 1. 3; въ пользу давности послѣ послѣдовавшаго отказа l. 14 C. de fund. patr. 11. 61, который, какъ мнѣ кажется, отправляется отъ идеи, вполнѣ чуждой давности притязанія („si per quadraginta annos ademti canonis beneficium iugitur possederunt“.

[9]) Это есть, какъ я полагаю, истинная сторона въ правилѣ, упомянутомъ въ концѣ 4 примѣчанія. Господствующее мнѣніе не согласно съ этимъ; но оно вводитъ въ значительныя затрудненія, по крайней мѣрѣ, даже тѣхъ, которые рѣшаютъ указанный въ 5 примѣчаніи случай въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ тамъ рѣшенъ. Они должны были бы, напримѣръ, принять, что если при договорѣ купли-продажи покупатель удержалъ за собою право отступиться отъ покупки, то

β. Неосуществленіе притязанія.

§ 108.

Второе условіе давности притязанія есть неосуществленіе его. Черезъ осуществленіе притязанія давность, начавшаяся для него съ его возникновенія или неудовлетворенія, прекращается, или,

---

давность для его притязанія противъ продавца начинается только со времени заявленнаго отступленія, между тѣмъ какъ они принимаютъ, что теченіе давности для притязанія изъ условнаго права выкупа (pactum de retrovendendo) начинается со времени заключенія договора купли-продажи или передачи вещи (первое, разумѣется, правильнѣе. (Противъ этого хотя и Демеліусъ Untersuch. стр. 194 и сл., но не убѣдительно; ср. тоже Унгера § 116 прим. 11). Далѣе: если заемъ сдѣланъ до „востребованія“ („auf Kündigung“, „bis zur Kündigung“), то теченіе давности, по ихъ мнѣнію, начинается немедленно же; если же „чрезъ восемь дней по востребованіи“, то начинается чрезъ восемь дней по востребованіи, такъ что уплата по такому займу при отсутствіи востребованія можетъ быть потребована спустя сто и даже болѣе лѣтъ! „Конечно, нельзя не замѣтить, что подобное рѣшеніе рѣзко противорѣчитъ всему институту давности и его назначенію“, Унгеръ стр. 410; но „съ чисто теоретической точки зрѣнія“, думаетъ этотъ писатель, иначе рѣшить невозможно. Да и правильна ли эта „теоретическая точка зрѣнія“? По выставленному въ текстѣ правилу такой заемъ слѣдуетъ разсматривать какъ заемъ, уплата по которому можетъ быть потребована чрезъ восемь дней; такъ что теченіе давности для притязанія, порождаемаго имъ, начинается чрезъ восемь дней. Такъ и Вехтеръ II § 118 прим. 15; противъ Тонъ стр. 3 и сл., Вангеровъ Arch. стр. 312 и Pand. I § 147 прим. № II. 3, Демеліусъ стр. 177, Унгеръ II § 120 прим. 6, см. тоже прим. къ Зейф. Arch. XIX. 7. Въ практикѣ защищаемое здѣсь мнѣніе еще не принято; она преимущественно уравниваетъ востребованіе съ просрочкою платежа процентовъ. Зейф. Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XIII. 6, XVI. 3, XVIII. 2, XIX. 7 № 2. Противъ этого послѣдняго: XIII. 122, XX. 196; наоборотъ противъ причисленія срока востребованія въ случаѣ просрочки платежа процентовъ: XIII. 6.—Но на выставленномъ въ текстѣ правилѣ слѣдуетъ остановиться, а не доходить до того, чтобы принимать, будто теченіе давности начинается тотчасъ же и въ томъ случаѣ, когда управомоченному предоставлено чрезъ какое либо дѣйствіе (точнѣе: дѣйствіе иное, чѣмъ изъявленіе желанія) вызвать притязаніе; это невѣрная сторона правила: toties praescribitur и т. д. А потому давность притязанія, напр. на возвращеніе заложенной вещи начинается только съ погашенія долга (l. 9 § 3 D. de pign. act. 13. 7), а не тотчасъ же по врученіи заложенной вещи. Ср. Глюка XIV стр. 169 и сл., Савиньи стр. 283. 299 и сл., Вангерова Pand. I §. 147 прим. № II. 5, Унгера § 120 прим. 5, Дернбурга Pfandrecht I стр. 159. 160; противъ этого, съ ссылкою на означенное правило, Унтергольцнеръ II §. 264; Цродловскій Arch. f. civ. Pr. LII. 14.

какъ говорятъ, прерывается [1]). Но для перерыва давности не требуется полнаго осуществленія притязанія, т. е. не требуется, чтобы обязанное лицо совершило всѣ дѣйствія, соотвѣтствующія притязанію; достаточно, чтобъ въ силу притязанія отъ обязаннаго лица было что-нибудь получено, напримѣръ, проценты, уплата части долга, закладъ, поручительство, новый долговой документъ [2]), или чтобы было удержано что-нибудь изъ принадлежащаго ему [3]). Мало того, для прекращенія давности достаточно, чтобъ управо-

---

§ 108.

[1]) Выраженія, сообразныя съ источниками: interruptio temporis, praeteriti temporis; interrupta temporum curricula; temporalis interruptio; interruptum silentium; просто interruptio. L. 1 § 1 l. 2. 3 C. de ann. exc. 7, 40, l. 7 pr. § 5 C. de praestr. XXX 7. 39, l. 5 C. de duob. reis. 8. 40. Идея перерыва относится лишь къ позднѣйшей давности, Демеліусъ Untersuch. стр. 60—64. 96 и сл.

[2]) L. 7 § 5 l. 8 § 4 C. de praescr. XXX 7. 39, l. 19 C. de fide instr. 4. 21, l. 5 C. de duob. reis. 8. 40. Ср. Савиньи стр. 314—316, Зейф. Arch. VIII. 9, XX. 197 ср. 188. Достаточно ли простое признаніе? За это Унтергольцнеръ § 262, Савиньи стр. 314. 315, Демеліусъ Untersuch. стр. 63. 100, Зейф. Arch. X. 223, XVI. 90. 91, XIX. 113; противъ этого Брунсъ Zeitschr. f. Rechtsgesch. I стр. 108. — Нѣкоторые утверждаютъ, что сдѣланный платежъ процентовъ исключаетъ теченіе давности еще до ближайшаго срока процентовъ: Савиньи стр. 306 и сл., Вехтеръ II § 118 прим. 16; противъ этого Демеліусъ Untersuch. I стр. 170 и сл., Ширмеръ zu Unterholzner II стр. 308 прим. *, Унгеръ II стр. 408 въ прим., Вангеровъ I стр. 227 (въ 7 изд.; противное еще въ 6 изд. стр. 255), см. тоже прим. 5 къ Зейф. Arch. XIX. 7. Если по правильному воззрѣнію основаніе, въ силу котораго платежъ процентовъ прерываетъ давность, усматривать въ томъ, что вѣритель процентами удовлетворяетъ свое притязаніе, то выше приведенное мнѣніе само себя опровергаетъ (проценты пришлось бы платить впередъ). Но мнѣніе это находится подъ вліяніемъ теоріи правонарушенія (§ 107 прим. 5), въ силу которой только неплатежомъ процентовъ нарушается право вѣрителя на капиталъ. Въ такомъ смыслѣ высказались рѣшенія у Зейф. Arch. I. 312, IV. 201, VI. 3, XVII. 2, XIX. 7.—Исключается ли давность и тѣмъ, что проценты получаются третьимъ владѣльцемъ гипотеки? Утвердительный отвѣтъ находимъ въ заключеніи берлинскаго обертрибунала отъ 2 мая 1842 г. у Зейф. Arch. I. 158.

[3]) L. 7 § 5 C. de praescr. XXX 7. 39. „Immo et illud procul dubio est, quod si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis“. Савиньи стр. 314. Другіе (Унтергольцнеръ II стр. 308, Унгеръ II § 121 прим. 23a) вопреки буквальному смыслу этого мѣста полагаютъ, что оно относится къ передачѣ обѣщаннаго заклада и заключающемуся въ ней признанію (Anerkennung), такъ что стало быть владѣніе закладомъ какъ таковое не служитъ основаніемъ исключенія давности.

моченный совершилъ все зависящее отъ него для обезпеченія удовлетворенія своего притязанія, т. е. достаточно, чтобъ онъ предъявилъ искъ къ обязанному лицу [4]); но одно напоминаніе объ удовлетвореніи притязанія не прерываетъ давности [5]). Искъ можетъ быть предъявленъ либо оффиціальному судьѣ, причемъ однако

---

[4]) Рѣшительнымъ моментомъ въ этомъ отношеніи служитъ вызовъ въ судъ, въ письменномъ судопроизводствѣ сообщеніе искового прошенія отвѣтчику. L. 3 C. de ann. exc. 7. 40, l. 7 pr. § 5 C. de praescr. XXX 7. 39. При древнихъ temporales actiones рѣшительнымъ моментомъ было начало iudicium, litis contestatio; преторъ обѣщалъ iudicium лишь на извѣстное время, въ теченіе котораго оно и должно было совершиться. Относящіяся сюда два мѣста внесены по недосмотру безъ измѣненій въ пандекты, l. 9 § 3 D. de iurei. 12. 2, l. 8 § 1 D. de fidei et nom. 27. 7, ср. тоже l. 139 pr. D. de R. I. 50. 17. На основаніи этихъ мѣстъ нѣкоторые при древнихъ actiones temporales еще и нынѣ обращаютъ вниманіе на litis contestatio, такъ Вангеровъ I § 151 прим. 1 № 2; противъ этого Савиньи V стр. 318, Вехтеръ Erörterungen III стр. 193 прим. 29. И у тѣхъ писателей, кои не дѣлаютъ различія между древнею и новою давностью, встрѣчаются иныя воззрѣнія. Таковы: 1) Перерывъ давности наступаетъ лишь со времени litis contestatio, но отодвигается къ предъявленію иска; такъ Унтергольцнеръ I § 124. 2. Перерывъ этотъ наступаетъ съ вызовомъ въ судъ, но тоже отодвигается ко времени предъявленія иска; таково мнѣніе Пухты Pand. § 90 p. Vorl. I стр. 207. Зейф. Arch. XXI. 194. 3. Наступаетъ онъ прямо съ предъявленія иска; это мнѣніе Синтениса I §. 31 прим. 52, Шеффера (Schäffer) Zeitschr. f. civ. u. Pr. N. F. VIII стр. 276 и сл.; Зейф. Arch. XV. 90. Воззрѣніе, высказанное въ текстѣ, можетъ быть названо господствующимъ; ср. Л. Е. Пфотенгауера (L. E. Pfotenhauer) über die Unterbrechung der Klagenverjährung (1843), Савиньи V стр. 316 — 318, Вехтера Erörterungen III стр. 89 и сл., Б. Эммингауса (B. Emminghaus) Arch. f. prakt. RW. N. F. II стр. 139 и сл., Бухка и Будде Entscheidungen des OAG. zu Rostock II стр. 44—48. VI стр. 57—59. Зейф. Arch. VIII. 233 (стр. 331) XIII. 231, XXI. 195. 196, см. тоже VIII. 228.—Давность древнихъ temporales actiones прерывалась также подачею жалобы императору (l. 2 C. quando lib. 1. 20, l. 3 C. de praescr. XXX. 7. 39), что для насъ, конечно, утратило всякое значеніе. Ср. Бетмана-Гольвега Handb. des Civilprozesses I §. 38. röm. Civilprozesz III §. 164. — Осуществленіе притязанія чрезъ возраженіе: Зейф. Arch. XVIII. 107. Иначе смотритъ Унтергольцнеръ I §. 128, Савиньи стр. 321, Синтенисъ I §. 31 прим. 52 въ к.—Возбужденіе гипотекарнаго иска прерываетъ также давность личнаго притязанія и наоборотъ, предполагая тождество противника. L. 3 C. de ann. exc. 7. 40. Зейф. Arch. XVIII. 106. Ср. впрочемъ Зейф. Arch. I. 7, V. 137, XXI. 197, XXII. 207.— Предъявленіе конкурсу: Зейф. Arch. XXII. 208.

[5]) Савиньи V стр. 315, Вехтеръ II стр. 816. Ср. Зейф. Arch. IX. 249.

тробуется, чтобы дѣло было подсудно ему [6]), либо по соглашенію сторонъ третейскому судьѣ [7]). Если же отвѣтчика нѣтъ на лицо, то давность можетъ быть прервана словеснымъ или письменнымъ заявленіемъ суду; буде же и этого нельзя сдѣлать, то таже цѣль можетъ быть достигнута чрезъ письменное заявленіе мѣстному начальству, а въ крайнемъ случаѣ чрезъ препровожденіе подписаннаго нотаріусомъ или тремя свидѣтелями заявленія въ мѣстожительство отвѣтчика [8 9]).

§ 109.

При наличности извѣстныхъ предположеній давность не имѣетъ мѣста, помимо того, что притязаніе не приводится въ осуществленіе. Въ этомъ случаѣ говорятъ: давность пріостановилась, не движется (ruht) [1]).

1) Давность не течетъ, доколѣ притязанію противопоставлено возраженіе. Давая возраженіе противъ притязанія, право само дѣлаетъ осуществленіе послѣдняго невозможнымъ, такъ что ослибъ оно связывало съ такимъ неосуществленіемъ какое-нибудь невыгодное послѣдствіе, то противорѣчило бы самому себѣ [2]). Но изъ

---

[6]) L. 7 C. ne de statu def. 7. 21. Бопиъ (Bopp) Arch. f. civ. Pr. XLII стр. 97 и сл. Зейф. Arch. XI. 7.—А если въ искѣ отказывается при самомъ предъявленіи его? Бопиъ в. п. с. стр. 106, Унтергольцнеръ I стр. 446. Спитенисъ I §. 31 прим. 53, Унгеръ II §. 121 прим. 28. Зейф. Arch. VI. 133, VIII. 228, IX. 250. 251, XX. 101.

[7]) L. 5 §. 1 C. de rec. arb. 2. 56.

[8]) L. 2 C. de ann. 7. 40. Это мѣсто указываетъ обращаться при отсутствіи суда къ епископу или defensor civitatis; здѣсь можно разумѣть и мѣстное начальство, по удачному мнѣнію Вехтера II стр. 817. Ср. Зейф. Arch. IX. 249.

[9]) Высшій апеляціонный судъ Любека рѣшилъ (Зейф. Arch. XVI. 93), что неправое воспрепятствованіе предъявленію иска, послѣдовавшее со стороны отвѣтчика, даетъ право на replica doli.

[1]) Новые писатели говорятъ: praescriptio dormit. Остановка давности можетъ наступить какъ во время теченія ея, такъ и при самомъ возникновеніи притязанія. Въ первомъ случаѣ съ устраненіемъ отношенія, остановившаго теченіе давности, прежняя давность продолжаетъ свое теченіе, тогда какъ при перерывѣ давности (§ 108) протекшее до него время давности навсегда устраняется, такъ что по прекращеніи перерыва должна начинаться новая давность. § 109.

[2]) Новые писатели говорятъ: agere non valenti non currit praescriptio. Сюда именно относится также случай, когда должнику предоставлено требованіе, обязывающее самого вѣрителя. Обыкновенно указываются еще слѣдующіе случаи:

этого правила есть одно естественное исключеніе, а именно: если во власти управомоченнаго было устранить противопоставленное его притязанію возраженіе и отъ него могло быть потребовано, чтобъ онъ устранилъ его, то онъ не въ правѣ ссылаться на такое возраженіе [3]).

2) Юридическая неспособность управомоченнаго къ осуществленію своего притязанія вообще не признается основаніемъ для пріостановленія давности, такъ какъ эта неспособность можетъ

а) случай предоставленной должнику отсрочки (moratorium), l. 8 i. f. C. qui bonis 7. 71; b) случай, когда наслѣдникъ принялъ наслѣдство на правѣ инвентаря (beneficium inventarii): въ теченіе срока, предоставленнаго ему для составленія инвентаря, къ нему не могутъ быть обращаемы требованія кредиторовъ наслѣдства, l. 22 §. 11 C. de iure del. 6. 30; c) случай, когда строительный матеріалъ употребленъ на чужое зданіе: пока зданіе существуетъ, нельзя требовать выдачи застроеннаго матеріала, § 29. I. de R. D. 2. 1. Но по вѣрному мнѣнію приведенное правило не приложимо именно къ этому послѣднему случаю; это доказывается тѣмъ, что застройкою чужаго матеріала не прерывается даже давность владѣнія имъ. За утрату иска о собственности предоставляется право на вознагражденіе. Ср. §. 182 прим. 13 во второй половинѣ. Зейф. Arch. XXI. 183, XXII. 285.

[3]) Вопросъ о вліяніи возраженія, противопоставленнаго притязанію, на давность послѣдняго еще недостаточно разработанъ. Савиньи (V стр. 290) утверждаетъ, что ни одно exceptio не исключаетъ давности, и (повидимому только) по отношенію къ отсрочивающимъ возраженіямъ съ нимъ согласенъ Дернбургъ Pfandr. II стр. 601, по отношенію къ разрушающимъ возраженіемъ Унгеръ II стр. 410. По мнѣнію Унгера, отсрочивающія возраженія тогда исключаютъ давность, когда отстранить ихъ „не во власти имѣющаго право иска“; тоже думаетъ Вангеровъ I § 147 прим. № I. 3. Въ сущности это не болѣе какъ возвращеніе (Бринцъ стр. 167) къ правилу: toties praescribitur и пр., хотя Унгеръ (в. п. с. прим. 7a) и отрицаетъ это. Выставленное въ текстѣ правило для того, чтобы, не взирая на возраженіе, имѣла мѣсто давность, требуетъ, чтобы управомоченный не только могъ, но и долженъ былъ устранить возраженіе. Такъ именно слѣдуетъ рѣшать, напримѣръ, при возраженіяхъ удержанія и зачета (управомоченному слѣдовало бы удовлетворить притязаніе своего противника), при возраженіи excussionis (что вѣритель не обращалъ требованіе на должника, было нерадѣніе, ср. Гиртанера Bürgschaft стр. 477) и пр. Тоже при т. наз. exceptio non adimpleti contractus, ср. II § 321 прим. 2. Иначе слѣдуетъ отнестись къ притязанію того, кто отдалъ своему вѣрителю какую-нибудь вещь въ закладъ. Онъ не можетъ основывать притязаніе на возвратъ вещи на возраженіи о непогашенномъ долгѣ; онъ имѣетъ лишь притязаніе на возвратъ заклада послѣ погашенія долга, а не прежде,—притязаніе, которое онъ, хотя и можетъ возбудить, когда захочетъ, но не посредствомъ простаго изъявленія воли (§ 107 прим. 9 въ к.).

быть восполнена чрезъ представительство [4]). Впрочемъ, въ важныхъ случаяхъ отсюда допускаются исключенія, а именно: давность не имѣетъ мѣста противъ дѣтей, имущество коихъ подлежитъ праву пользованія ихъ отца [5]), также противъ недостигшихъ половой зрѣлости; и наконецъ въ теченіе 30 лѣтъ противъ несовершеннолѣтнихъ [6]). Сюда же можно отнести то опредѣленіе, что теченіе давности притязанія собственника на выдачу находящагося въ чужихъ рукахъ приданаго начинается противъ жены лишь съ того времени, когда приданое перейдетъ къ ней [7]).

3) Фактическія препятствія къ осуществленію притязанія принимаются во вниманіе, когда имѣетъ мѣсто исчисленіе времени, указанное въ § 104. Кромѣ того теченіе давности пріостанавливается еще единственно [8]) вслѣдствіе непріятельскаго второженія [9]), а при притязаніяхъ римской церкви чрезъ расколъ [10]).

---

[4]) Таковы юридическія лица, умалишенные и расточители. Унтергольцнеръ I § 39, Савиньи IV стр. 436 и сл., Зейф. Arch. XII. 121.

[5]) L. 1 §. 2 C. de ann. exc. 7. 40, l. 1 i. f. C. de bon. mat. 6. 60, l. 4 i. f. C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 22 c. 24 i. f. Унтергольцнеръ I §. 34 Зейф. Arch. II. 196.

[6]) L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39, Nov. 22 c. 24 i. f., l. 5 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41. Унтергольцнеръ I §. 35, Гаймбергеръ (Haimberger) Arch. f. civ. Pr. XXI стр. 229—234, Вангеровъ I §. 148 прим. 2 № 1. 2. Въ пользу уравненія несовершеннолѣтнихъ съ недостигшими половой зрѣлости въ нынѣшнемъ правѣ рѣшеніе у Зейф. VII. 143; противъ этого приписка издателя и X. 224. Эммингаусъ Arch. f. pract. RW. N. F. IV стр. 396 и сл.

[7]) L. 30 C. de I. D. 5. 12. Дѣло тутъ представляется не совсѣмъ въ томъ видѣ, какъ въ вышеозначенныхъ случаяхъ, ибо жена, пока не достанется ей приданое, не имѣетъ на него никакого притязанія. Между тѣмъ въ силу того, что она принимаетъ его въ томъ видѣ, въ какомъ оно находилось у ея мужа, ей собственно слѣдовало бы признать протекшее противъ мужа давностное время имѣющимъ силу и противъ нея; вотъ это устраняется означеннымъ закономъ.

[8]) Именно *не* вслѣдствіе невѣдѣнія управомоченнаго, ср. l. 12 i. f. C. de praescr. l. t. 7. 33, l. 3 i. f. C. de praescr. XXX 7. 39. Савиньи III стр. 407 и сл.—Можно ли просить возвращенія въ пр. пол. противъ истекшей давности, это другой вопросъ, см. § 119.

[9]) C. 13. 14. C. 16 qu. 3, c. 10 X. de praescr. 2. 26. Особое изслѣдованіе объ этомъ сост. Марецоллемъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 8; Унтергольцнеръ I § 88 прим. 296, Вангеровъ I §. 323 прим. 2 № 3.

[10]) C. 14 X. eod.

γ. Истеченіе времени.

§ 110.

Неосуществленіе притязанія въ томъ видѣ, какъ оно подробно опредѣлено въ предыдущемъ изложеніи, должно непрерывно продолжаться въ теченіе предписаннаго времени. По общему правилу срокъ давности обнимаетъ 30 лѣтъ [1]). Для нѣкоторыхъ притязеній онъ увеличивается до 40 лѣтъ [2]), въ одномъ случаѣ до 50 [2a]), а

---

§ 110. [1]) L. 3 C. de praescr. XXX. 7. 39, l. 1 §. 1 C. de ann. exc. 7. 40.

[2]) 40-лѣтнею давностью погашаются: a) притязанія церквей и благотворительныхъ учрежденій, ибо въ противномъ случаѣ притязанія эти погашались бы 10, 20 и 30-лѣтнею давностью, Nov. 111. 131. c. 6; Унтергольцнеръ I § 40. 41, Савиньи V стр. 354 и сл.; b) притязаніе залоговѣрителя на выдачу заклада при извѣстныхъ условіяхъ, l. 7 pr. §. 3 C. de praescr. XXX. 7. 39, ср. § 235 прим. 27; c) всякое притязаніе, давность коего прервана процессомъ, который пріостановился, l. 9 C. eod., l. 1 §. 1 C. de ann. exc 7. 40, т. н. давность пріостановленія процесса (Litispendenz). Особое изслѣдованіе о ней Линде Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II. 5. 6. (1829); кромѣ того ср. Унтергольцнера I §. 125 № 5, Савиньи V стр. 322—326, Вехтера Erörter. III стр. 96. 97, Бухка Einflusz des Processes auf das materielle Rechtsverhältnisz II стр. 55 и сл., Вангерова I §. 152 прим. 1; Зейф. Arch. II. 127, III. 2, VI. 5. Нѣкоторые, даже тѣ, которые допускаютъ, что перерывъ этой давности наступаетъ ранѣе, требуютъ для этой новой 40-лѣтней давности, чтобы процессъ достигъ до момента litis contestatio, при чемъ относятъ къ послѣдней въ смыслѣ юстиніанова права означенныя въ §. 108 примѣчаніи 4 мѣста, въ коихъ сказано, что litis contestatio ограждаетъ притязанія отъ вліянія истеченія времени, Пухта § 96. g, Бухка в. п. с. стр. 60 и сл., Ширмеръ zu Unterh. I §. 124 прим. 425a въ к. См. противъ этого требованія Линде в. п. с. стр. 172 и сл., Савиньи стр. 323, Вехтеръ Erörter. III стр. 97. 98. d) Не распространяется ли сила 40-лѣтней давности и на притязанія казны (fiscus) и государя съ его супругою? На вопросъ этотъ по отношенію къ притязаніямъ на пріобрѣтенное уже имущество, по крайней мѣрѣ, по отношенію къ притязаніямъ о собственности, всѣ отвѣчали прежде утвердительно на основаніи l. 4 C. de praescr. XXX. 7. 39, l. 14. C. de fund. patr. 11. 61, l. 6 §. 1 D. de I. F. 49. 14; послѣ изслѣдованія Савиньи V стр. 359 — 361 господствующее мнѣніе высказалось за отрицательный отвѣтъ. См. Вангерова I §. 148 прим. 2 № 4 (съ 6 изд.), Синтениса I §. 31 прим. 7 и цитату въ примѣчаніи 3 ниже указываемой статьи Гефтера; а также Зейф. Arch. III. 296, XVII. 112. Но въ новѣйшее время прежнее мнѣніе снова защищаютъ Гефтеръ Jahrb. des. gem. R. VI. 1 (1862) и Геймбахъ Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 2 (1865). Послѣдній заимствуетъ свои аргументы только изъ римскаго права; Гефтеръ же

въ другомъ даже до 100 лѣтъ [3]); въ иныхъ случаяхъ онъ понижается до 20, 10, 5, 4 лѣтъ, 1 года, ½ года, 2 мѣсяцевъ [4]).

Не требуется, чтобы въ періодъ теченія давности не произошло перемѣны въ лицахъ. Когда вслѣдствіе юридическаго преемства въ притязаніе вступаетъ другой управомоченный или обязанный, то притязаніе это остается тѣмъ же самимъ, а потому и давность его продолжаетъ свое теченіе безостановочно. Но буде при перемѣнѣ въ лицахъ тожество притязанія не сохранится, то можетъ случиться, что возникающему теперь притязанію можно будетъ засчитать давность прежняго притязанія. Таковъ именно случай, когда вещь, на которой основано притязаніе, путемъ юридическаго преемства переходитъ къ другому владѣльцу [5]).

ссылается на подходящій къ l. 14 C. de fund. patr. и общепризнанный «нѣмецкій обычай", „обычай, коего нельзя считать отмѣненнымъ возраженіями противъ него, ведущими свое начало только съ тридцатыхъ годовъ нынѣшняго столѣтія, и который доселѣ еще не укоренился въ практикѣ". Прежнее мнѣніе удержалось въ судебномъ рѣшеніи у Зейф. Arch. XVIII. 14. Не сюда относятся, какъ нѣкоторые утверждали, притязанія городовъ (l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, Nov. 111); Унтергольцнеръ I §. 45, Савиньи V. стр. 359, Вангеровъ I §. 148 прим. 2 № 5, Пфейферъ Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 6; Зейф. Arch. III. 297. XIII. 7 (но см. тоже III. 137).

[2]а) Для притязанія о возвращеніи проиграннаго въ запрещенной игрѣ. См. II. § 420 прим. 5.

[3]) Для притязаній римской церкви, которыя въ противномъ случаѣ погашались бы 10, 20 или 30-лѣтнею давностью, Auth. Quas actiones къ l. 23 C. de ss. eccl. 1. 2, c. 17 C. 16 qu. 3, c. 13. 14. 17 X. de praescr. 2. 26, c. 2 eod. in VI° 2. 13. Унтергольцнеръ I §. 42, Савиньи V стр. 357. 358.

[4]) Перечисленія ихъ см. у Гешена Vorlesungen über das gemeine Civilrecht I §. 150, Бекинга Grundr. стр. 57. 58, Гольцшугера I §. 19 № 11. Особенно важны слѣдующія наиболѣе общія опредѣленія. 20-лѣтнею давностью погашаются притязанія казны (fiscus) по особымъ фискальнымъ правамъ, l. 13 pr. D. de div. temp. praescr. 44. 3, l. 2 §. 1—l. 4 §. 1 D. de requir. 48. 17, l. 1 § 3 D. de I. E 49. 14 (исключенія: l. 1 C. de quadr. praescr. 7. 37, l. 2 C. de vect. 4. 61). Однолѣтнею давностью погашаются построенныя на преторскомъ правѣ притязанія изъ проступковъ, а также притязанія на вознагражденіе за ущербъ, каковое правило не безусловно однако справедливо; Савиньи V стр. 353. 354, Пухта §. 91 и сл.

[5]) Въ пользу этого говоритъ аналогія съ давностью владѣнія (Ersitzung) и l. 7 §. 1. 2 i. f. C. de praescr. XXX. 7. 39. L. 8 § 1 D. eod. слѣдуетъ относить къ тому случаю, когда вещь переходитъ къ новому владѣльцу безъ юридическаго преемства. Ср. Савиньи V стр. 362 — 364, Дернбурга (старшаго) Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 12 (1851), Вехтера II стр. 815, Демеліуса Unters. стр. 95 прим. 15, Беккера Jahrb. d. gem. R. IV стр. 199. — Впрочемъ, обык-

б. Добросовѣстность при давности *).

§ 111.

По римскому праву давность притязанія не предполагаетъ непремѣнно добросовѣстности (bona fides) со стороны лица, пользующагося давностью, то-есть, незнанія его о возникшемъ противъ него притязаніи. Противное постановлено въ каноническомъ правѣ [1]), впрочемъ, не для всѣхъ притязаній, но лишь для тѣхъ, кои направлены на возвращеніе чужой вещи, находящейся въ неправомѣрномъ владѣніи [2]).

повенно не дѣлаютъ различія между означенными въ текстѣ случаями и въ обоихъ случаяхъ говорятъ объ accessio temporis, тогда какъ слѣдовало бы говорить о ней лишь во второмъ случаѣ.

*) Унтергольцнеръ I §. 92, Савиньи V §. 244 — 246. Мелентиль (Möllenthiel) über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung §. 19 — 31 (1820). Гильденбрандъ (Hildenbrand) de bonafide rei propriae debitoris ad temporis praescriptionem haud necessaria (1843). Его же Geschichte der Bestimmungen des canon. R. bei der Ersitzung und Klagverjährung, Arch. f. civ. Pr. XXXVI. 2 (1853).

§ 111. [1]) Еще Граціанъ излагаетъ чисто римское право (c. 15 C. 16 qu. 3). Противъ этого два неподлинные canones, внесенные въ Corp. iur. can., какъ c. 3 и 5 X. de praescr. 2. 26; содержаніе ихъ подтверждено 4-мъ латеранскимъ соборомъ (c. 20 X. eod.). Гильденбрандъ в. п. с.

[2]) Зейф. Arch. VI. 3, VII. 4, XI. 6. 266, ср. I. 403. Прежде господствовавшее воззрѣніе (см. Савиньи §. 244. l, Гильденбрандъ въ Arch. стр. 47) относило названныя мѣста къ давности притязаній вообще, хотя въ нихъ говорится лишь о притязаніяхъ противъ владѣльцевъ чужихъ вещей (ср. тоже Гильденбранда въ Arch. стр. 48); новые писатели уже не держатся этого мнѣнія. Но между ними идетъ споръ о томъ, нужно-ли разумѣть подъ этими притязаніями противъ владѣльцевъ чужихъ вещей (точнѣе, противъ владѣльцевъ вещей, на которыя другому лицу принадлежитъ какое-либо вещное право, Савиньи стр. 337) исключительно вещныя или также и личныя притязанія (напр. изъ договора найма). Слѣдовало бы согласиться съ послѣднимъ мнѣніемъ, такъ какъ нѣтъ достаточнаго основанія ограничивать буквальный смыслъ указанныхъ мѣстъ. Къ тому же за это мнѣніе стоитъ большинство писателей, какъ-то: Унтергольцнеръ, Мелентиль, Савиньи, Гильденбрандъ въ вышеприведенныхъ сочиненіяхъ, Синтенисъ I §. 31 прим. 55, Вехтеръ §. 118 прим. 23, Арндтсъ §. 109; за первое мнѣніе Пухта §. 90. aa, Бринцъ I стр. 172. Рѣшительно невѣрно и притомъ противорѣчитъ исторіи этого постановленія (Гильденбрандъ в. п. с.) четвертое мнѣніе, относящее это постановленіе вовсе не къ давности притязаній, а только къ давности владѣнія (Ersitzung), для

c. Дѣйствіе давности притязаній.

§ 112.

Давностью устраняется притязаніе. Но не самое притязаніе, такъ какъ само по себѣ оно продолжаетъ существовать; а ею установляется лишь возраженіе, исключающее притязаніе [1]).

Съ устраненіемъ притязанія не всегда устраняется и право, на коемъ оно основано. Въ этомъ отношеніи опять слѣдуетъ различать между вещными и личными правами. Личное право заключается уже въ самомъ притязаніи, и потому отпадаетъ вмѣстѣ съ устраненіемъ послѣдняго. Напротивъ того, вещное право не состоитъ въ томъ притязаніи, которое возникаетъ изъ него противъ даннаго лица; притязаніе это составляетъ лишь проявленіе вещнаго права, истинное же содержаніе послѣдняго состоитъ въ господствѣ надъ вещью, и это-то содержаніе въ остальномъ продолжаетъ существовать въ томъ же объемѣ даже по устраненіи означеннаго притязаніе [2]). Неоднократно высказывавшееся воззрѣніе [3]), будто давностью обязательственнаго

которой слѣдовало бы требовать непрерывной добросовѣстности (Кирульфъ стр. 208. 209, Зейфертъ Erörterungen стр. 133 и сл. и Lehrb. I §. 28 въ к.). См. противъ этого мнѣнія также Савиньи V стр. 332—334; однако, въ практикѣ его сильно отстаиваютъ, см. Зейф. Arch. I. 6. 403, VII. 4, XII. 245, XIII. 80, XIV. 203, XVIII. 205, XXI. 4.

[1]) Тѣмъ менѣе можно утверждать, что судья въ правѣ по должности принимать въ соображеніе давность притязаній. Таково же и господствующее мнѣніе, см. Крюлля (Krüll) Arch. f. civ. Pr. I. 28, Лоца (Lotz) тамъ же I. 29, Унтергольцнера I §. 138, Байера (Bayer) Vorträge стр. 622, Боппа (Bopp) въ Arch. f. civ. Pr. XLII стр. 107—109; Зейф. Arch. VIII. 302, XIX. 8. Противъ этого Пфейферъ prakt. Ausführungen I. 2. VII. 2, Лэръ (v. Löhr) Arch. f. civ. Pr. X стр. 77 и сл.; Синтенисъ I §. 19 прим. 61. Между древнею и новою давностью дѣлаетъ различіе Шефферъ (Schäffer) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IX стр. 104 и сл. § 112.

[2]) А потому если по истеченіи давности притязанія о собственности вещь перейдетъ во владѣніе другаго лица, которое не есть юридическій преемникъ того, для коего протекла давность противъ означеннаго притязанія, то собственникъ въ правѣ потребовать вещь эту обратно, какъ если бы противъ него не протекало никакой давности; l. 8 §. 1 C. de praescr. XXX 7. 39.

[3]) А именно Савиньи Syst. V § 248—251. Obl. R. I стр. 96—98, кромѣ того изъ новѣйшихъ Франке (Francke) civil. Abhandlungen стр. 73 и сл. (1826), Гюе (Guget) Arch. f. civ. Pr. XI 5 (1828), Пухтой Jnstit. II стр. 410—412.

притязанія устраняется обязательственное право не вполнѣ, а лишь на столько, что остается еще естественное обязательство съ свойственными ему юридическими послѣдствіями [4]), лишено надлежащей основательности [5]).

Pand. § 92 и Vorles. къ этому § съ Beil. VI, далѣе названными въ нижеслѣдующемъ примѣчаніи. Противоположное мнѣніе подробно защищалъ Бюхель (Büchel) civilrechtl. Erörterungen I. 1 (1832. 2 изд. 1847 съ доб.): кромѣ того см. Лэра (Löhr) Arch. f. civ. Pr. X стр. 70 и сл. (1827), Геймбаха Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I. 22 (1828), Фермерена (Vermehren) тамъ же II. 9 (1829), Кирульфа стр. 210 и сл., Синтениса I § 31 прим. 57, Вехтера II § 119, Вангерова I § 151 прим., Дана (Dahn) über die Wirkung der Klagenverjähr. bei Obligationen (1855), Беккера Jahrb. d. gem. R. IV. 14 (1860), Шваперта (Schwanert) die Naturalobligationen § 22 (1861; однако оба послѣдніе писателя полагаютъ, что по истеченіи давности не только закладъ [см. прим. 5], но и поручитель продолжаютъ быть отвѣтственными), Шейрлъ (v. Scheurl) Jahrb. f. Dogm. VII стр. 346—348 (1865); Зейф. Arch. IX. 253. Среднее мнѣніе отличаетъ древнюю давность отъ феодосьевской; первой оно приписываетъ болѣе сильное дѣйствіе, послѣдней болѣе слабое. Такъ Унтергольцнеръ Schuldverhältnisse I стр. 528, Бринцъ I стр. 164. 165, Дернбургъ Pfandrecht II стр. 587, тогда какъ Демеліусъ хотя рѣшительно приписываетъ древней давности болѣе сильное дѣйствіе, тѣмъ не менѣе по отношенію къ позднѣйшей давности онъ оставляетъ вопросъ этотъ открытымъ. Противъ этого именно Беккеръ в. п. с стр. 424 и сл.

[4]) Т. н. naturalis obligatio приписываютъ всѣ юридическія послѣдствія, связанныя вообще съ обязательствами, за исключеніемъ права иска. Истина въ томъ, что всѣ эти юридическія послѣдствія оно можетъ имѣть, но не необходимо должно имѣть. Въ числѣ защитниковъ болѣе слабаго дѣйствія встрѣчаются однако и такіе, которые не допускаютъ, чтобы по истеченіи давности могъ быть совершенъ, по крайней мѣрѣ, какой-нибудь зачетъ противъ требованій должника, таковы Мюленбрухъ II § 481, Унтергольцнеръ Verjähr.-Lehre II § 258 Schuldverhältnisse I § 247. Келлеръ § 89 исключаетъ также constitutum и поручительство. Съ другой стороны по мнѣнію защитниковъ болѣе сильнаго дѣйствія обязательство это продолжается и по истеченіи давности именно при поручительствѣ (Беккеръ и Шваперть въ прим. 3). Относительно продолженія закладнаго права см. слѣдующее примѣчаніе.

[5]) Воззрѣніе это проистекаетъ изъ двухъ главныхъ источниковъ, которые, конечно, не у всѣхъ его представителей объясняются одинаковымъ образомъ, но которые однако должны быть здѣсь разъяснены, чтобы не возвращаться къ нему вновь. 1. Говорятъ: давностью погашается лишь искъ; слѣдовательно, право, по скольку оно можетъ существовать безъ иска, остается неприкосновеннымъ. Этотъ аргументъ насъ не касается, такъ какъ въ actio мы усматриваемъ не искъ (Klage), а притязаніе (Anspruch); ср. Виндшейда die Actio стр. 31—41. Опроверженіе тѣхъ, кои говорятъ объ исковой давности (Klagenverjährung),

Въ непосредственной связи съ разбираемымъ здѣсь вопросомъ

сводится и здѣсь [ср. § 107 прим. 5] къ тому же. 2. Нельзя отрицать, что естественное чувство справедливости заставляетъ считать долгъ, погашенный давностью, все-таки долгомъ; честный человѣкъ уплачиваетъ его, не взирая на то, что онъ погашенъ давностью. Точно также справедливо, что naturalis obligatio римскаго права есть именно обязательство, основанное на естественномъ чувствѣ справедливости. Но невѣрно, будто всякое обязательство, основанное на естественномъ чувствѣ справедливости, по крайней мѣрѣ, до извѣстной степени признается и положительнымъ правомъ. См. II § 287. 289. — Тѣ свидѣтельства, источниковъ, которыя приводились въ подкрѣпленіе отвергаемаго здѣсь мнѣнія, имѣютъ, повидимому, тотъ смыслъ, что давностью личнаго притязанія не уничтожается притязаніе о залогѣ (l. 7 C. de praescr. XXX 7. 39, ср. l. 2 C. de luit. pign. 8. 31). Но притязаніе о залогѣ можетъ существовать и безъ отдѣльнаго отъ него требованія, оно можетъ въ самомъ себѣ носить свое требованіе; римское право признало это въ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство, обезпеченное закладнымъ правомъ, прекращается безъ удовлетворенія кредитора (l. 13 § 4 D. pign. 20. 1, l. 59 pr. D. ad. SC. Treb. 36. 1, l. 38 § 5 D. de sol. 46. 3), а теоретически оно допускало, что остается еще naturalis obligatio („remanet propter pignus naturalis obligatio“, l. 59 pr. cit.); стало быть принималось, что не закладное право продолжаетъ свое существованіе ради naturalis obligatio, а naturalis obligatio продолжаетъ свое существованіе въ силу закладнаго права, и только. Это противъ Савиньи V стр. 391 и сл., Бринца стр. 164 вн. Ср. 225 № 2 § 249 № 1.—На вопросъ о томъ, какія можно привести основанія въ пользу защищаемаго здѣсь воззрѣнія, слѣдуетъ отвѣчать, что оно не нуждается въ особенномъ доказательствѣ; ибо было бы полнѣйшею аномаліей, еслибы разрушительное возраженіе не уничтожало всего обязательства (Вехтеръ II § 119 прим. 2). Стало быть, это воззрѣніе слѣдуетъ признать правильнымъ, пока не будетъ доказано противное, а этого сдѣлать нельзя. Что касается доказательства, выводимаго изъ продолженія существованія закладнаго права, то см. выше: противъ аргументаціи, построенной на l. 19 pr. l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6, см. самого Савиньи стр. 375 и сл.; противъ ссылки его на то, что возраженіе давностью покоится на положительномъ правѣ, а не на ius gentium (стр. 377 и сл.), говорятъ exc. SCi Velleiani, въ которомъ Савиньи видитъ только исключеніе, и exc. legis Cinciae (Vat. Fr. § 266); наконецъ, если и говорятъ, что возраженія (exceptiones) не погашаются давностью, то положеніе это имѣетъ не тотъ смыслъ, что лежащее въ основаніи возраженія право не можетъ быть утрачено путемъ давности. Съ другой стороны нужно согласиться, что приведенныя въ пользу защищаемаго здѣсь мнѣнія свидѣтельства источниковъ не содержатъ въ себѣ полнаго доказательства въ его пользу, равно какъ и тѣ, въ коихъ говорится, что чрезъ истеченіе времени наступаетъ оправданіе должника или прекращеніе обязательства (l. 10 pr. D. si quis caut. 2. 11, l. 8 pr. D. de neg. gest. 3. 5, l. 9 § 3 D. de iurei. 12. 2, l. 1. § 3 D. quando de pec. 15. 2, l. 1 § 7 D. de contr. tut. act. 27. 4, l. 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 21 § 2 D. de fidei. 46. 1 и мн. др.), потому что изъ этихъ мѣстъ

находится еще вопросъ о погашаемости возраженія давностью [6]). Возраженія по существу своему давности не подлежатъ, такъ какъ управомоченный не можетъ ихъ приводить въ дѣйствіе, когда ему вздумается, но для этой цѣли долженъ выжидать возбужденія притязанія [7]). А потому возраженія могутъ быть устранены давностью лишь въ томъ случаѣ, когда самое право, на коемъ они основаны, погашено давностью, и притомъ вполнѣ, а не по отношенію только къ иску. Слѣдовательно, изъ защищаемаго здѣсь воззрѣнія вытекаетъ, что давностью вещнаго притязанія не устраняется и основанное на вещномъ правѣ возраженіе, а наоборотъ чрезъ давность обязательственнаго притязанія устраняется основанное на обязательствѣ возраженіе. Впрочемъ, необходимо прежде тщательно вникнуть, дѣйствительно ли возраженіе основано только на обязательствѣ; если возраженіе рядомъ съ обязательствомъ имѣетъ и свое самостоятельное существованіе, то до него не касается давность обязательства [8]).

нельзя съ точностью заключить, что они говорятъ о давности, но во всякомъ случаѣ со смысломъ ихъ совмѣстимо продолженіе существованія naturalis obligatio, — наконецъ и l. 37 D. de fidei. 46. 1, l. 38 § 4 D. de sol. 46. 3, l. 25 § 1 D. ratam. rem 46. 8, которые могутъ точно также пониматься и въ смыслѣ инаго кромѣ давности дѣйствія времени (для l. 37 cit. даетъ еще иное объясненіе Савиньи стр. 397 и сл.). Этотъ послѣдній аргументъ Унтергольцнеръ Verjährungslehre II стр. 298 и Пухта Vorles. I стр. 471 пытались приводить также и противъ l. 18 § 1 D. de pec. const. 13. 5; другіе же соглашаются, да едвали и возможно поступить иначе („temporali actione obligatum“), что это мѣсто говоритъ о давности. Если такъ, то непонятно, какъ въ виду этого мѣста возможно защищать мнѣніе о болѣе слабомъ дѣйствіи давности (неудовлетворительныя попытки см. у Савиньи стр. 401. 402, Ширмера (Schirmer) zu Unterh. стр. 294; ср. Демеліуса Unters. стр. 74 и сл., въ новѣйшее время противъ этого высказался Брунсъ Zeitschr. f. Rechtsgesch. I стр. 71—73).

[6]) Зоммеръ (Sommer) rechtswissenschaftliche Abhandlungen (Gieszen 1818) стр. 1—52. Унтергольцнеръ II § 156—160. Пфейферъ prakt. Ausführungen III. 3. VII. 9. Савиньи V. стр. 253—255. Синтенисъ I стр. 314—315, Унгеръ II стр. 510—513, Келлеръ § 92, Гольдшугеръ I § 19 № 22. 23.

[7]) L. 5 § 6 D. de doli exc. 44. 4: — „cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur“.

[8]) Савиньи в. п. с. безъ всякаго основанія утверждаетъ, что когда рядомъ съ искомъ признано возраженіе, то оно всегда имѣетъ самостоятельное существованіе. Ср. Унгера II § 125 прим. 44—46, Бринца стр. 171. Примѣры: возраженіе объ обманѣ имѣетъ самостоятельное существованіе рядомъ съ искомъ

3. Незапамятная давность *).

§ 113.

Незапамятная давность имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда извѣстное состояніе существуетъ столь давно, что о началѣ его утратилось воспоминаніе [1]). Уже въ римскомъ правѣ въ примѣненіи къ частнымъ случаямъ было признано, что противъ такого состоянія спорить уже нельзя [2]); каноническое право смотритъ на незапамятную давность какъ на общее восполненіе обыкновенной давности въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ въ наличности условій послѣдней [3]), и въ этомъ объемѣ институтъ этотъ признанъ и въ

(притязаніемъ) изъ обмана, направленнымъ на вознагражденіе вреда, отсюда l. 5 § 6 D. de dol. exc. 44. 4. (ср. Виндшейда die Actio etc. стр. 40 прим. 5, а также Савиньи стр. 431 внизу); напротивъ того возраженіе того, кто купилъ оказавшуюся съ изъяномъ вещь (l. 59 D. de aed. ed. 21. 1), основывается лишь на томъ, что онъ можетъ требовать возстановленія прежняго положенія. Столь же мало обладаетъ самостоятельнымъ существованіемъ возраженіе о зачетѣ (см. II § 350 прим. 2), совершенно наоборотъ т. н. exceptio non adimpleti contractus; это послѣднее основывается не на томъ, что противникъ и съ своей стороны долженъ что-либо доставить, но на томъ, что когда онъ требуетъ, не доставляя и съ своей стороны, то онъ противорѣчитъ цѣли договора (см. II § 321 прим. 2). Впрочемъ, провести сдѣланное здѣсь различіе весьма трудно. Ol. 5 и 6 C. de exc. 8. 36 см. Савиньи стр. 432—435. Зейф. Arch. XXI. 7. Ср. тоже III § 585 прим. 7a.

*) Унтергольцнеръ I § 140—150. Крицъ (Kritz) exegetisch-praktische Abhandlungen № 6 (1824). Пфейферъ prakt. Ausführungen II. 1 (1828). Шеллингъ die Lehre von der unvordenklichen Zeit (1835). Арндтсъ Beiträge I. 3 (1837). Савиньи IV § 195—201 (1841). Бухка der unvordenkliche Besitz (1841). Фридлендеръ (Friedländer) die Lehre von der unvordenklichen Zeit (1843). Пфейферъ prakt. Ausführungen VII. 8. (1844). Синтенисъ I § 51. D.

[1]) — „cuius origo memoriam excessit“, l. 3 § 4 D. de aqua quot. 43.20; — § 113. „an operis facti memoria exstet“, l. 28 D. de prob. 22. 3; — „cuius memoria non exstat“, l. 2 § 7 cf. § 1. 3. 4. 5. 8. D. de aqua et aquae 39. 3; — „cuius contrarii memoria non exsistat“, c. 1 de praescr. in VI° 2. 13.

[2]) Римское право употребляетъ при этомъ выраженіе vetustas. L. 1 § 23 l. 2 pr. § 1. 3. 5. 7. 8 D. de aqua et aquae 39. 3, — l. 26 eod., l. 3 § 4 D. de aqua quot. 43. 20, l. 7 C. de serv. 3. 34, — l. 3 pr. D. de loc. et itin. publ. 43.7. Противъ отнесенія vetustas къ незапамятности высказался Шмидтъ (изъ Ильменау) civil. Abhandl. стр. 173 и сл. 186 и сл. 195.

[3]) Оно уже прилагало къ ней также выраженіе praescriptio. C. 1 de praescr. in VI° 2. 13; см. тоже c. 26 X. de V. S. 5. 40.

общегерманскомъ обычномъ правѣ тѣмъ болѣе, что и въ древнемъ нѣмецкомъ правѣ встрѣчаются подобныя идеи [4]).

Незапамятная давность сообщаетъ свою санкцію всѣмъ состояніямъ осуществленія права [5]) и неосуществленія его (свободы отъ обя-

---

[4]) Противъ происхожденія этого института изъ древнегерманскаго права (Бухка, Фридлендеръ) см. Пфейфера Zeitschr. f. deutsches R. VIII. 1. Ср. Гербера deutsch. Privatr. § 66 прим. 4, Безелера deutsch. Privatr. стр. 170—171. — Примѣчанія въ имперскихъ законахъ: A. B. c. VIII § 1. 2. c. XXVIII § 5, R. A. (имп. указъ) 1548 § 56. 59. 64, R. A. (имп. указъ) 1576 § 105. — По господствующему въ прежнее и новое время воззрѣнію, истеченіемъ незапамятнаго времени извѣстное юридическое состояніе не столько установляется, сколько доказывается и ставится внѣ всякаго спора и сомнѣнія фактъ его возникновенія (фактъ, о которомъ утратилось воспоминаніе). За это изъ новыхъ писателей Шелдингъ, Арндтсъ, Савиньи, Бухка; противъ этого Унтергольцеръ стр. 521—522, и въ особенности Пфейферъ II стр. 80 и сл. VII стр. 232 и сл. Споръ этотъ въ практическомъ отношеніи безразличенъ (Пфейферъ VII стр. 241—244); но во всякомъ случаѣ въ пользу означеннаго воззрѣнія нельзя привести ни одного такого доказательства, которое давало бы право дѣлать изъ этого воззрѣнія выводы. Противъ него говоритъ то, что каноническое право и имперскіе законы подводятъ истеченіе незапамятной давности прямо подъ понятіе praescriptio (c. 1 de praescr. in VI° 2. 13, R. A. 1548 § 56). Blätter f. RAnwend. XXXIII стр. 17 и сл. 31 и сл., Будде и Шмидтъ Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI стр. 65. 68. 95 и сл.

[5]) Состоянія, въ которыхъ не представляется осуществленія какого нибудь права, не могутъ превратиться въ юридическія даже чрезъ незапамятную давность. Въ этомъ именно смыслѣ для незапамятной давности требуется юридическое владѣніе. Ср. Пфейфера II стр. 12 и сл. VII стр. 181 и сл. О т. н. res merae facultatis см. его же II стр. 17 и сл. 107. VII стр. 188 и сл. — Мнѣніе Савиньи, желающаго ограничить незапамятную давность правами съ публичнымъ характеромъ (IV стр. 484. 510. 513 и сл.), встрѣтило мало сочувствія въ теоріи (его принялъ лишь Фридлендеръ, II стр. 67 и сл.) и оказало ничтожное вліяніе на практику; ему послѣдовало одно рѣшеніе у Зейф. XIV. 112. ср. XXI. 97, противъ него тамъ же V. 250, VI. 144, IX. 120, XVI. 173, XIX. 120. Наоборотъ, въ рѣшеніи у Зейф. I. 170 незапамятная давность признана непримѣнимою именно къ этимъ правамъ. Ср. Пфейфера VII стр. 246—248. — Предметы незапамятной давности въ отдѣльности: Пфейферъ II стр. 106 и сл. VII стр. 248 и сл. Она примѣняется и къ обязательственнымъ правоотношеніямъ, на сколько возможно при нихъ длящееся осуществованіе. Ср. II § 464 прим. 4 и Рейнгарда (Reinhard) Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 8 (1855). Зейф. Arch. VII. 5. 269, XIII. 127, XVIII. 116, XIX. 104, XX. 102; противъ этого I. 183. Реальныя повинности (Reallasten): Пфейферъ VII стр. 259 и сл. — Само собою разумѣется, что незапамятною давностью не могутъ быть пріобрѣтаемы такія права, кои вообще не могутъ быть пріобрѣтаемы. Пфейферъ II стр. 101 и сл., Бухка и Будде Entscheidungen des OAG. zu Rostock V стр. 56 и сл.

занности) [6]). Она предполагаетъ, что данное состояніе непрерывно [7]) продолжалось столь долго, на сколько оно сохранилось въ памяти живущаго [7a]) поколѣнія [8]). Но такое воспоминаніе покоится не только на собственномъ наблюденіи, но и на разсказахъ, слышанныхъ нынѣ живущими отъ уже умершихъ. Стало быть, для силы незапамятной давности должно доказать: 1) существованіе даннаго отношенія въ предѣлахъ того періода времени, какой обнимаетъ собою собственное наблюденіе нынѣ живущаго поколѣнія; 2) то, что это поколѣніе ничего не знало о несуществованіи этого состоянія даже изъ разсказовъ своихъ предковъ [9]). Представителями послѣдняго живаго поколѣнія, обладающими всѣми надлежащими качествами, признаются въ практикѣ даже такія лица, воспоминаніе коихъ обнимаетъ собою, по крайней мѣрѣ, послѣдніе 40 лѣтъ [10]). Опроверженіе [11]) имѣетъ силу, если доказано, что данное

---

[6]) Пфейферъ II стр. 15—16. 113. VII стр. 183—184. 187. Зейф. Arch. I. 171, V. 55.

[7]) Савиньи стр. 526, Пфейферъ II стр. 22—26. VII стр. 194—196.

[7a]) Будде и Шмидтъ Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI № 27.

[8]) Требованіе титула исключается въ силу понятія незапамятной давности; bona fides разумѣется сама собою. Савиньи стр. 527, Пфейферъ II стр. 28—35. VII стр. 197—198.

[9]) L. 2 § 8 D. de aqua et aquae 39. 3, l. 28 D. de prob. 22. 3. О послѣднемъ мѣстѣ ср. Глюка XXI стр. 405 и сл., Унтергольцнера I. стр. 502 Савиньи IV. стр. 518. 535, Гушке Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV стр. 301—305. Объ отрицательной части этого доказательства см. вообще Пфейфера II стр. 27. 28. § 10. 11. VII. § 10. 11. Въ частности не требуется, чтобы переданное предками положительное извѣстіе о существованіи даннаго состоянія было доказано, но достаточно доказать, что ничего не было сообщено о его несуществованіи. Пфейферъ II стр. 43 и сл., VII стр. 201 и сл. Ср. Зейф. Arch. I. 172. Но можетъ-ли незапамятная давность исключаться чрезъ одно лишь основанное на собственномъ наблюденіи сообщеніе предковъ о несуществованіи даннаго состоянія, или же для этого достаточно сообщенія предковъ, въ свою очередь полученное ими отъ ихъ предковъ, и т. д.? Въ силу l. 28 cit. на вопросъ этотъ относительно обозначеннаго въ этомъ мѣстѣ случая постройки слѣдуетъ во всякомъ случаѣ отвѣчать въ послѣднемъ смыслѣ; но этимъ случаемъ и считаютъ нужнымъ ограничиться Пфейферъ II стр. 76 и Савиньи стр. 553 противъ нихъ Зейф. Arch. XI. 113. О замѣнѣ отрицательной стороны доказательства положительнымъ доказательствомъ существованія даннаго состоянія въ предѣлахъ предпослѣдняго срока человѣческой жизни см. Пфейферъ VII § 14, Савиньи стр. 524, Зейф. Arch. XI. 12.

[10]) Это принято было при соображеніи съ c. 1 de praescr. in VI°. Унтер-

состояніе не существовало въ промежутокъ времени, обнимающій собою два человѣческихъ возраста [12]); доказательство несуществованія даннаго состоянія въ періодъ времени, выходящій за предѣлы двухъ послѣднихъ человѣческихъ возрастовъ, можетъ служитъ опроверженіемъ лишь тогда, когда въ тоже время доказано неправомѣрное возникновеніе этого состоянія и постоянная, непрерывная связь его съ позднѣйшимъ состояніемъ [13]).

V. Возвращеніе въ прежнее положеніе *).

A. Понятіе и существо его.

§ 114.

Дѣйствіе, приписываемое юридическимъ фактамъ, можетъ быть по извѣстнымъ основаніямъ отнято судебнымъ рѣшеніемъ. Для особыхъ юридическихъ фактовъ существуютъ въ этомъ отношеніи особыя правила [1]); но есть правила о судебной отмѣнѣ юридическихъ послѣдствій, относящихся къ юридическимъ фактамъ вообще.

гольцнеръ § 148, Пфейферъ II стр. 21—22. 36—38. VII стр. 193—194. 207 и сл., Савиньи стр. 520, Зейф. Arch. III. 116, XI. 12, XIV. 9; XIV. 205.—О подтвержденіи другими доказательствами кромѣ свидѣтелей см. Унтергольцнера стр. 526. 527, Савиньи стр. 523—525, Пфейферъ II § 14. 15, VII § 14. 15 Зейф. Arch. VII. 6, IX. 121, XI. 12.

[11]) Объ опроверженіи вообще: Унтергольцнеръ стр. 527—529, Пфейферъ; II. § 16—18. VII § 16—18. Савиньи стр. 525 и сл.

[12]) По аналогіи съ сказаннымъ въ 10 примѣчаніи считается по 40 лѣтъ въ каждомъ. Ср. Савиньи стр. 524.

[13]) Пфейферъ II стр. 70—71. VII стр. 243—244, Савиньи стр. 534. Зейф Arch. XI. 12. 113. XIX. 121, XXII. 13. 14. Будде и Шмидтъ Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI № 28.

*) Главное сочиненіе объ этомъ ученіи все еще Бурхарди (Burchardi) die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1831). Кромѣ того слѣдуетъ указать: Шретера (v. Schröter) über Wesen und Umfang der in integrum restitutio, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI. 3 (1833), Шнейдера die allgemeinen subsidiären Klagen des röm. Rechts стр. 216—307 (1834). Савиньи VII § 317—343 (1848); Глюка V стр. 392 и сл. VI стр. 1 и сл.; Вехтера II § 124—127, Синтениса I § 36, Вангерова I § 175—188.

§ 114. [1]) Сюда относятся именно bonorum possessio contra tabulas и querela inofficiosi testamenti.

Эти правила образуютъ ученіе о возвращеніи въ прежнее положеніе [2]).

Особенность возвращенія въ прежнее положеніе заключается ближайшимъ образомъ въ томъ, что у юридическаго факта отнимается то юридическое дѣйствіе, которое онъ уже произвелъ [3]). Фактъ этотъ наступилъ при такихъ обстоятельствахъ, при коихъ право не считаетъ возможнымъ допустить, чтобъ онъ произвелъ непосредственно ему свойственное юридическое дѣйствіе [4]). Но

---

[2]) У римлянъ оно называлось in integrum restitutio или integri restitutio. Выраженіе: restitutio in integrum встрѣчается чрезвычайно рѣдко. Савиньи VII § 315.a.

[3]) Если, какъ обыкновенно дѣлаютъ, при разсмотрѣніи возвращенія въ прежнее положеніе исходить изъ того, что оно есть возстановленіе прежняго состоянія, то нужно рѣзко оттѣнить, что подъ возстановленіемъ прежняго состоянія не слѣдуетъ разумѣть возстановленіе состоянія, подобнаго бывшему, но возстановленіе состоянія, тожественнаго съ бывшимъ, что возможно только чрезъ отрицаніе измѣненія (измѣняющей силы). Если не дѣлать этого различія, то и указанная исходная точка приведетъ къ путаницѣ; ибо тогда много изъ того можетъ казаться относящимся къ возвращенію въ прежнее положеніе, что не имѣетъ съ нимъ ничего общаго и что затѣмъ лишь съ трудомъ можетъ быть отдѣлено отъ него. Именно древніе писатели указывали множество случаевъ реституціи въ несобственномъ смыслѣ. Можно только удивляться, что они не причислили къ возвращенію въ прежнее положеніе и того случая, когда пріобрѣтатель вещи передаетъ собственность на нее на какомъ бы то ни было основаніи прежнему ея собственнику; вѣдь и въ этомъ случаѣ — въ томъ неопредѣленномъ смыслѣ — имѣется возстановленіе прежняго состоянія. Порицаемую здѣсь точку зрѣнія раздѣляетъ еще Бурхарди § 1. — Справедливо, разумѣется, что языкъ источниковъ не вполнѣ точенъ, что послѣдніе иногда употребляютъ выраженія in integrum restituere, in integrum restitutio для обозначенія и не тѣхъ случаевъ возстановленія прежняго положенія, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь. Ср. l. 58 D. de pactis 2. 14, l. 1 § 9. 10. D. de post. 3. 1, l. 1 § 2 D. ad leg. Iul. de ambitu 48. 14, l. 1 C. de sent. passis 9. 51, и мѣста въ 6 примѣчаніи.

[4]) Теперь обыкновенно напираютъ больше на то, что возвращеніе имѣетъ своимъ основаніемъ противодѣйствіе справедливости противъ строгости существующаго права, ср. именно Пухту Institt. II § 177. Это, безъ сомнѣнія, вѣрно: но я не думаю, чтобы этимъ обозначалась какая-либо особенность возвращенія. In integrum restitutio, напр., для несовершеннолѣтнихъ введено было потому, что казалось несправедливымъ, чтобы несовершеннолѣтній терпѣлъ убытки отъ своихъ юридическихъ дѣйствій; но вѣдь и exceptio SCi Velleiani введено именно на томъ основаніи, что казалось несправедливымъ, чтобы женщина терпѣла убытки отъ своего поручительства и т. д. Что защита несовершеннолѣтнихъ введена преторскимъ эдиктомъ, а защита женщинъ однимъ изъ источниковъ iuris civilis,

вмѣсто того, чтобъ отказать ему самому въ этомъ дѣйствіи, право предоставляетъ это (и въ этомъ заключается вторая особенность названнаго возвращенія) судьѣ и такимъ образомъ обезпечиваетъ себѣ полную возможность принимать въ соображеніе особые моменты отдѣльнаго случая [5]). Право можетъ тутъ проложить себѣ и другой путь, а именно оно можетъ дать потерпѣвшему ущербъ отъ наступленія юридическихъ послѣдствій притязаніе о возстановленіи прежняго состоянія противъ того, въ пользу коего они уже наступили или существуютъ. Этотъ случай очень легко смѣшать съ возвращеніемъ въ прежнее положеніе; отличаются они другъ отъ друга тѣмъ, что хотя въ послѣднемъ возстановленіе прежняго состоянія и можетъ быть вынуждено съ помощью судебнаго рѣшенія, но совершается оно не вслѣдствіе судебнаго рѣшенія, а вслѣдствіе частной дѣятельности, и не потому, что у факта, на коемъ основано доселѣ существовавшее состояніе, отнимается его дѣйствующая сила, а потому, что результатъ его дѣйствія вытѣсняется порожденіемъ инаго юридическаго послѣдствія (ср. примѣчаніе 3). Въ этомъ случаѣ имѣются обыкновенныя обязательственныя притязанія, отличающіяся отъ другихъ обязательственныхъ притязаній только своимъ содержаніемъ [6]); болѣе

этимъ не оправдывается та мысль, будто въ первомъ случаѣ больше чѣмъ во второмъ дѣло шло о реализаціи того, что сравнительно съ дѣйствующимъ правомъ казалось высшею справедливостью. Ибо и преторъ есть органъ юридическаго порядка. Но на этомъ пути Бурхарди (§ 3) совершенно послѣдовательно долженъ былъ прійдти къ тому положенію, что in integrum restitutio есть дѣло не права, но милости. См. противъ него Шретера стр. 169 и сл. Однако ср. тоже Савиньи стр. 117.

[5]) Что римскій преторъ въ предоставленіи in integrum restitutionis пользовался особенною свободою усмотрѣнія, это вытекаетъ изъ l. 3 D. de i. i. r. 4. 1 и l. 1 § 1 D. de min. 4. 4, и на этомъ же основаніи i. i. r. называется extraordinarium auxilium (l. 16 pr. D. de min. 4. 4). Равнымъ образомъ справедливо, конечно, что позднѣйшій римскій судья получилъ уже совершенно иное положеніе (ср. именно Савиньи § 317). А потому „смотря на дѣло безпристрастно, нужно согласиться, что этотъ институтъ римскаго права менѣе чѣмъ большая часть другихъ обладаетъ внутреннимъ основаніемъ для продолженія своего существованія и для вліянія на нынѣшнее правосостояніе“. (Савиньи стр. 113).

[6]) Ихъ содержаніе заключается въ restituere; но здѣсь не имѣетъ мѣста in integrum restitutio. Однако въ отдѣльныхъ мѣстахъ источниковъ употребляется это выраженіе даже по отношенію къ нимъ (l. 3 § 4 D. de al. iud. mut. c. 4. 7, l. 23 § 7 D. de aed. ed. 21. 1, l. 10 C. de resc. vend. 4. 44, ср. l. 10 § 22 D. quae in fraud. cred. 42. 8). См. Савиньи стр. 103 и сл.

подробное разсмотрѣніе ихъ относится къ обязательственному праву [7]).

B. Условія.

1. Невыгодное юридическое послѣдствіе.

§ 115.

Первое условіе возвращенія въ прежнее положеніе состоитъ въ томъ, что вообще должно наступить какое нибудь юридическое послѣдствіе. Если юридическое послѣдствіе вовсе не наступило, то и возвращенію вовсе нѣтъ мѣста. Но ему нѣтъ мѣста и тогда, когда юридическое послѣдствіе само по себѣ хотя и наступило, но само право какимъ либо инымъ способомъ доставляетъ противъ него достаточную защиту [1]).

---

[7]) Что касается мѣста, которое возвращеніе въ прежнее положеніе должно занять въ системѣ гражданскаго права, то многіе (какъ напримѣръ, Савинья, Пухта, Арндтсъ, Синтенисъ) указываютъ ему мѣсто въ т. н. общемъ исковомъ правѣ въ ученіи гражданскаго права о процессуальной защитѣ. Это, безъ сомнѣнія, несправедливо уже потому, что здѣсь дѣло идетъ не объ общихъ началахъ процессуальной защиты вообще, но о спеціальныхъ началахъ процессуальнаго средства защиты (весьма опредѣленнаго содержанія; но несправедливо это и потому, что для существа реституціи судебное рѣшеніе само по себѣ есть дѣло второстепенное, а главное въ томъ, что при его посредствѣ у юридическихъ фактовъ отнимается ихъ юридическая сила. Другіе излагаютъ возвращеніе въ пр. пол. въ особой главѣ общей части (напр. Вангеровъ) или въ видѣ приложенія ко всей системѣ права (напр. Гейзе, Зейфертъ). Но и это несовмѣстно съ существомъ этого института. На самомъ дѣлѣ реституція относится къ общему ученію о юридическихъ фактахъ, послѣдствія коихъ она отмѣняетъ Если бъ она относилась только къ юридическимъ актамъ, то ее слѣдовало бы помѣстить въ ученіи о недѣйствительности юридическихъ актовъ; но такъ какъ она не ограничивается ими (§. 115 прим. 8), то мѣсто ей здѣсь. Можно сказать: есть недѣйствительность не только юридическихъ актовъ, но и юридическихъ фактовъ вообще, а форма этой недѣйствительности есть возвращеніе въ прежнее положеніе. Отчасти теперь соглашается съ этимъ Арндтсъ въ 5 изд. §. 117. прим. 1.

[1]) —„nam si communi auxilio et mero iuro munitus sit, non debet ei tribui § 115.
extraordinarium auxilium“, l. 16 pr. D. de min. 4. 4. Въ этомъ мѣстѣ и въ слѣдующихъ §§ приводятся въ видѣ примѣровъ обязательственныя притязанія, которыя или ничтожны, или же таковы, что отвѣтчикъ не нуждается ни въ какомъ

Далѣе наступившее юридическое послѣдствіе должно причинить какой-нибудь ущербъ [2]) ищущему возвращенія въ прежнее положеніе. Ущербъ этотъ можетъ быть и не имущественнымъ, хотя названное возвращеніе главнымъ образомъ имѣетъ въ виду имущественный ущербъ [3]). Впрочемъ имущественный ущербъ состав-

---

иномъ средствѣ защиты, кромѣ простаго отрйцанія. Отсюда могло бы уже показаться сомнительнымъ, достаточно ли exceptio (въ римскомъ смыслѣ этого слова) для устраненія реституціи. Однако см. противъ этого l. 2 C. de filiofam. min 2. 23, по которому in integrum restitutio не можетъ быть предоставлено, если есть exceptio SCi Macedoniani. А еще дальше идетъ начало только что цитированнаго l. 16 pr. D. de min. „In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem". Но съ другой стороны не подлежитъ сомнѣнію, что in integrum restitutio не можетъ быть устранено чрезъ actio tutelae (l. 45 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 25 l. 39 §. 13 D. de adm. et per. 26. 7, l. 3. 5. C. si tut. vel. cur. 2. 25), а также чрезъ actio quod metus causa (l. 9 §. 3. 4 l. 21 §. 6 D. quod met. c. 4. 2, l. 3 C. de his quae vi 2. 20), тогда какъ ему дастся предпочтеніе даже предъ actio de dolo (l. 7 §. 1 D. de i. i. r. 4. 1, l. 1 §. 6 D. de dolo 4. 3), а по правильному, правда, весьма оспариваемому толкованію l. 16 §. 2 D. de min. 4. 4 (ср. Вангерова I §. 178 прим. 1 въ к.) ему нисколько не вредитъ и condictio indebiti. По этому слѣдовало бы утверждать, что притязаніе о возмещеніи ущерба, каковы всѣ поименованные actiones, во всякомъ случаѣ не можетъ считаться полнымъ средствомъ защиты противъ реституціи. При этомъ не составитъ никакого различія также и то, что притязаніе о возмѣщеніи ущерба можетъ быть осуществлено не только въ этомъ своемъ качествѣ, но и на основаніи заключеннаго контракта (по римски: съ bonae fidei actio), хотя съ другой стороны нельзя не согласиться, что мѣста (l. 3 C. quib. ex caus. mai. 2. 54, l. 5. 10 C. de resc. vend. 4. 44), обыкновенно приводимыя въ пользу допускаемости реституціи при bonae fidei actio, не содержатъ въ себѣ убѣдительнаго доказательства. О различныхъ мнѣніяхъ см. Франке Beiträge стр. 66, Бурхарди стр. 99 и сл., Шнейдера 224 и сл., Савиньи стр. 143 — 145, Вангерова I §. 178 прим. 1, Бринца стр. 112, а противъ допускаемости реституціи при bonae fidei actio спеціально Рушстратъ (Ruhstrat) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. IV стр. 260 и сл. Ср. тоже Зейф. Arch. XVII. 205.

2) Новѣйшіе писатели обыкновенно употребляютъ здѣсь выраженіе «Läsion». Хотя выраженія laesio, laedere и сообразны съ источниками (l. 1 C. de temp. i. i. r. 2. 53, c. 8 X. de i. i. r. 1. 41, cl. un. de r. i. i. 1. 11), но въ пандектахъ они не встрѣчаются. Въ нихъ говорится о „damnum", которое кто-либо претерпѣлъ, затѣмъ о томъ, что онъ „lapsus, captus, deceptus, circumventus, circumscriptus", при чемъ въ этихъ выраженіяхъ не всегда, а обыкновенно даже вовсе не разумѣется обманъ.

3) Бурхарди § 7. L. 3 §. 6 l. 6 l. 35 D. de min. 4. 4, l. 41 D. de rec. 4. 8, l. 2 C. si adv. rem. iud. 2. 27, l. 8 C. quando app. 7. 64. Ср. Зейф. Arch. V. 247.

ляютъ не только понесенный ущербъ, но и утраченная прибыль [4]); однако по причинѣ утраченной прибыли означенное возвращеніе нельзя требовать въ томъ случаѣ, когда чрезъ лишеніе прибыли противникъ огражденъ былъ отъ ущерба [5]). Но не всякій ущербъ даетъ право на возвращеніе въ прежнее положеніе; ущербъ не долженъ быть несоразмѣрно малъ сравнительно съ тѣмъ ущербомъ, который возникаетъ для противника отъ уничтоженія юридическихъ послѣдствій [6]).

Само по себѣ возвращеніе въ прежнее положеніе имѣетъ мѣсто противъ всякаго невыгоднаго юридическаго послѣдствія [7]) и притомъ не противъ однихъ только юридическихъ послѣдствій, установленныхъ юридическими актами [8]). Но изъ этого правила есть и исключенія. Возвращеніе въ пр. пол. не дается противъ невыгодныхъ послѣдствій обмана (Arglist) [10]), противъ публичной

---

[4]) L. 7 §. 6 l. 44 D. de min. 4. 4, l. 27. D. ex quib. caus. mai. 4. 6.

[5]) Какъ, напримѣръ, при давностномъ владѣніи (Ersitzung). L. 18. 20 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 37 pr. D. de min. 4. 4, l. 17 §. 3 D. de usur. 22. 1. Бурхарди § 6, Савиньи стр. 121—124.

[6]) L. 4 D. de i. i. r. 4. 1. Въ отдѣльныхъ случаяхъ требуется, чтобы ущербъ былъ не только относительный, но и самъ по себѣ имѣлъ значеніе, l. 49 pr. D. de min. 4. 4 (§. 117 прим. 3), l. 9 pr. eod., l. 1 C. si adv. vend. pign. 2. 29 (§ 117 прим. 6 и сл.). Выводить изъ этого, согласно господствующему мнѣнію (въ пользу коего также рѣшеніе у Зейф. XIV. 206), общее правило, кажется, опасно. Другія мѣста, которыя обыкновенно причисляютъ сюда, вовсе сюда не относятся, такъ l. 9 §. 1 D. de min. 4. 4 и l. 1 C. si adv. don. 2. 30, гдѣ несовершеннолѣтнему отказывается въ реституціи потому именно, что тутъ нѣтъ въ наличности такого дѣйствія, котораго бы не предпринялъ и совершеннолѣтній, далѣе l. 1 C. si adv. fisc. 2. 37, гдѣ слова „pretio longe minore“ не означаютъ основанія рѣшенія. Ср. Бурхарди §. 8, Вангерова §. 176 прим.

[7]) Бурхарди §. 9, Савиньи §. 319.

[8]) Въ этомъ конечно состоитъ его главное примѣненіе. Слѣдуетъ еще кромѣ того указать на примѣненіе его при просрочкахъ. Ср. вообще Cod. II. 27—35. Реституція противъ признанія (Anerkenntnisze): Зейф. Arch. XVIII 197; иначе XI. 199.

[9]) Бурхарди §. 10, Вангеровъ §. 178 прим. 2, Гольцшугеръ I §. 21 № 5.

[10]) L. 9 §. 2. 4. 5 l. 37 §. 1 D. de min. 4. 4, l. 26 §. 6 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 2. 3 C. si minor se maior. 2. 43. Противъ проступковъ, происходящихъ отъ простой небрежности, реституція не устраняется, l. 9 §. 5 D. de min. 4. 4, l. 1 C. si adv. del. 2. 35. Объ этихъ мѣстахъ, равно какъ и о l. 9 §. 2. 3 D. de min. см. Савиньи §. 321 f. g.

продажи вещей должника, совершаемой казной для удовлетворенія своихъ требованій [11]) противъ 30 и 40-лѣтней давности [12]), противъ заключеннаго брака [13]), и наконецъ, его не могутъ требовать нисходящіе родственники противъ восходящихъ [14]).

2. Юридическое основаніе.

a. Вообще.

§ 116.

Возвращеніе въ пр пол. предполагаетъ далѣе, что невыгодное юридическое послѣдствіе наступило при такихъ обстоятельствахъ, при коихъ отмѣна такого послѣдствія представляется справедливою. Дѣйствительно ли существуютъ эти обстоятельства, это въ обширныхъ размѣрахъ предоставлено усмотрѣнію судьи, когда дѣло идетъ о невыгодныхъ послѣдствіяхъ просрочки (§ 119). Наоборотъ, для предоставленія реституціи противъ положительныхъ дѣйствій судья связанъ опредѣленными основаніями, отъ которыхъ онъ не въ правѣ отступать. Таковы: несовершеннолѣтіе, принужденіе, обманъ и заблужденіе [1]); въ нашихъ источникахъ

---

[11]) L. 5 C. de fide et iure hastae fisc. 10. 3.

[12]) L. 3 C. de praescr. XXX 7. 39. Савиньи III стр. 421—423, Вангеровъ I §. 178 прим. 2 № 12 (въ 7 изд.; еще иначе въ 6 изд.); др. мнѣнія и Бурхарди стр. 135—138. А тѣмъ менѣе противъ еще болѣе продолжительной давности и противъ незапамятной давности. Относительно послѣдней см. Пфейфера prakt. Ausführungen II стр. 95 и сл. VII стр. 245.

[13]) По католическому церковному праву, потому что бракъ по нему вовсе не расторгаемъ, а по протестантскому, потому что бракъ по нему расторгаемъ лишь въ силу извѣстныхъ основаній развода. Бурхарди стр. 141 и сл., Савиньи стр. 142—143. Иначе при брачныхъ сговорахъ, Зейф. Arch. IX. 39, XVI. 172. Гольцшугеръ I §. 24 № 8.

[14]) L. 2 C. qui et adv. quos 2. 42. Зейф. Arch. I. 269. Ограничиваетъ это реституціею по поводу несовершеннолѣтія Франке Beiträge стр. 67. Исключенія: 1) когда реституція требуется прямо противъ нисходящихъ, l. 3 §. 6 D. de min. 4. 4, l. 2 C. si adv. rem. iud. 2. 27; 2) въ случаѣ l. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6. 61. Третье исключеніе нынѣ не имѣетъ никакой силы, такъ какъ мѣсто, въ коемъ оно содержится (Nov. 155), не глоссировано. Ср. Вангерова I §. 178 прим. 2 № 1 съ Савиньи стр. 224—226.

§ 116. [1]) Исчисленіе основаній реституціи находимъ въ l. 1. 2 D. de i. i. r. 4. 1 и у Paul. S. R. I. 7 §. 2. („Absentia“ есть то основаніе, изъ котораго развилось

упоминается еще въ отдѣльности о реституціи противъ отчужденій, совершенныхъ во вредъ вѣрителю [2]). Изъ всѣхъ основаній реституціи особенно важно въ практическомъ отношеніи и наиболѣе разработано теоретически у римскихъ юристовъ несовершеннолѣтіе. Этимъ опредѣляется и нижеслѣдующій порядокъ изложенія [3]).

позднѣйшая общая реституція противъ просрочекъ, см. §. 118; о „status mutatio“ см. слѣдующее примѣчаніе).

[2]) §. 6 I. de act. 4. 6. Шретеръ стр. 131 — 142. Иные здѣсь усматриваютъ реституцію по поводу злаго умысла, Шнейдеръ стр. 271—278, Вангеровъ I §. 177 прим. № 3. Но приведенное мѣсто отнюдь не ограничиваетъ реституціи тѣмъ случаемъ, когда пріобрѣтатель участвовалъ въ недобросовѣстности. Ср. Савиньи V §. 208. п. Если бы необходимо было, какъ во всякомъ случаѣ можетъ быть допущено, относить слова „bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis“ къ предыдущему, а не къ послѣдующему, то весь этотъ случай реституціи остался бы для насъ безъ примѣнимости, такъ какъ по нынѣшнему праву отчужденія должника по открытіи конкурса— въ соотвѣтствіи римской missio in possessionem—ничтожны. О воззрѣніи Гушке (Huschke) (Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIV стр. 49 и сл.) на названное мѣсто см. II §. 463 прим. 1. 15. Ср. Шмидта Pflichttheilsrecht des Patronus стр. 96. 97 въ примѣчаніи. — Реституція противъ прекращенія договорныхъ долговъ вслѣдствіе capitis diminutia minima (Gai. III. 84. IV. 38, tit. D. de capite minutis 4. 5) не имѣетъ уже силы. Она уже въ римскомъ правѣ совершенно потеряла характеръ реституціи; она давалась по установившемуся правилу безъ всякаго соображенія особыхъ обстоятельствъ отдѣльнаго случая, и потому не подлежала даже обыкновенной краткосрочной давности (Савиньи стр. 210—212). Въ нынѣшнемъ правѣ она вообще не можетъ быть признана, такъ какъ ему совершенно чужда идея какъ capitis diminutio вообще, такъ и въ особенности основанное на ней прекращеніе долговъ. Вехтеръ II стр. 484. „Во всякомъ случаѣ это никогда не проникало въ Германіи въ практическое право“. По Бурхарди стр. 278 и сл. эта реституція устранена будто бы самимъ римскимъ правомъ; противъ этого Шнейдеръ стр. 304 — 307, Вангеровъ I §. 34 прим. 2. §. 187 прим.—Противъ alienatio iudicii mutandi causa предоставлялась не реституція, а только право на вознагражденіе; l. 3 §. 4 D. de al. iud. mut. c. 4. 7, l. un. C. eod. 2. 55 ничего не доказываютъ въ пользу реституціи (§. 114 прим. 6). Шретеръ стр. 145 — 149. Какъ бы то ни было эта реституція въ послѣдствіи отпала. Савиньи стр. 103 — 105. 212—213.— Противъ двухъ другихъ принятыхъ Шретеромъ (стр. 127. 142 – 143) случаевъ (по поводу препятствія къ явкѣ въ судъ и при SC. Velleianum) см. Шнейдера стр. 257 и сл., Вангерова §. 177 прим. № 1. 2.

[3]) О хронологическомъ соотношеніи отдѣльныхъ основаній реституціи см. Бурхарди стр. 148—150. 212—217, Савиньи стр. 134—137.

b. Несовершеннолѣтіе *).

§ 117.

Несовершеннолѣтнимъ предоставляется реституція противъ тѣхъ юридическихъ невыгодъ, въ которыя они вовлечены вслѣдствіе свойственнаго ихъ возрасту отсутствія обдуманности и опытности [1]). Противъ тѣхъ юридическихъ невыгодъ, которыя чужды этого основанія, которыхъ, слѣдовательно, не могъ бы избѣгнуть и совершеннолѣтній, реституція не дается [2]). Но съ другой стороны въ источникахъ прямо признано, что содѣйствіе и даже представительство ихъ опекуновъ, мало того, даже утвержденіе высшаго опекунскаго управленія не лишаетъ ихъ права на реституцію противъ дѣйствія или упущенія, которое само по себѣ не можетъ быть оправданнымъ [3]).

---

*) Dig. 4. 4 de minoribus. Cod. 2. 22 de in integrum restitutione minorum.

§ 117. [1]) Преторъ постановилъ: „quod cum minore quam XXV annis natu gestum erit, uti quaeque res erit, animadvertam“ (l. 1 §. 1 D. h. t.) На это Ульпіанъ (l. 1 pr. eod.) замѣчаетъ: „Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit,.... cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum“.— О существѣ выраженія gestum см. l. 7—11 §. 2 D. h. t. L. 7 pr. cit. „Gestum sic accipimus qualiterqualiter, sive contractus sit sive quid aliud contigit“. „Quid aliud“ обнимаетъ собою также просрочки, l. 7 §. 11. 12 cit., l. 9 §. 2 l. 38 §. 1 D. h. t.—Какъ въ томъ случаѣ, если данный фактъ имѣетъ мѣсто частью въ предѣлахъ несовершеннолѣтія, частью внѣ его? L. 3 §. 1. 2 D. h. t.; Бринцъ стр. 116.

[2]) L. 11 §. 4. 5 l. 24 §. 1 l. 44 D. h. t., l. 9 §. 4 D. de iurei. 12. 2, l. 1 C. qui et adv. quos 2. 42. Въ l. 9 §. 4 cit. сказано: „nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit“, а въ l. 24 §. 1 cit. обращено вниманіе на то, что безусловная реституція противъ всякаго юридическаго акта, убыточного лишь по своему результату, даже не совмѣстно съ интересами несовершеннолѣтняго,—„ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente, et quodammodo commercio iis interdicatur“.

[3]) L. 2. 3. 5 C. si tutor 2. 25, l. 4. 5 C. si adv. rem iud 2. 27, l. 29 pr. l. 38 pr. l. 47 pr. D. h. t., l. 7 §. 8 l. 49 eod.; l. 11 C. de praed. et al. reb. min. 5. 71. Зейф. Arch. II. 197. Поэтому реституція примѣнима также и къ недостигшимъ половой зрѣлости. Однако при надлежащемъ представительствѣ по l. 49 D. h. t. слѣдовало бы требовать большей значительности понесеннаго ущерба (§. 115 прим. 6). Ср. тоже l. 7 §. 8 D. h. t. — Нельзя не видѣть, что въ этомъ распространеніи реституціи нарушается безъ всякой нужды основная

Притязаніе несовершеннолѣтнихъ на реституцію дѣйствительно исключается чрезъ объявленіе совершеннолѣтія [4]), равно какъ и чрезъ клятвенное подтвержденіе акта [5]); кромѣ того оно отпадаетъ въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ [6]). Если несовершенно-

---

ея мысль, и что именно въ нынѣшнемъ правѣ, въ которомъ опека подлежитъ высшему надзору начальства въ гораздо большей мѣрѣ, чѣмъ въ римскомъ правѣ, „уже нѣтъ внутренняго основанія для продолженія существованія restitutio несовершеннолѣтнихъ“ (Савиньи стр. 149). Ср. тоже Геймбаха въ Ortloff и т. д. juristische Abhandlungen und Rechtsfälle I стр. 365 и сл.; съ другой стороны Бринца стр. 117. 118. — Изъ правила, что утвержденіе начальства не исключаетъ реституціи, существуетъ одно исключеніе, см. прим. 6.

[4]) L. 1 C. de his qui veniam 2. 45, l. 5 C. de temp. i. i. r. 2. 53. По общему мнѣнію, съ этимъ сходенъ случай, когда несовершеннолѣтній официально уполномоченъ къ извѣстнаго рода дѣятельности. Глюкъ V стр. 546—549, Бурхарди стр. 222—224. Зейф. Arch. V. 138. Ср. Будде и Шмидта Entscheidungen der OAG. zu Rostock VI. 24.

[5]) L. 1 C. si adv. vend. 2. 28. и съ этимъ Auth. Sacramenta puberum. Ср. II §. 324 прим. 3. Дѣйствительность клятвы предполагаетъ половую зрѣлость. Зейф. Arch. XI. 209, ср. XIII. 13, но также и II. 261.

[6]) При платежахъ, доставленныхъ опекуну несовершеннолѣтняго вслѣдствіе судебнаго опредѣленія, l. 7 § 2 D. h. t., l. 25 C. de adm. tut. 5. 37, § 2 I. quib. al 2. 8. Главн. обр. Савиньи стр. 151. b) При займѣ, который полученъ состоящимъ подъ отеческою властью несовершеннолѣтнимъ по приказанію отца, l. 3 § 4 D. h. t. l. 1 2 C. de fil. fam. min. 2. 23. Это исключеніе, въ пользу котораго конечно не говоритъ никакое внутреннее основаніе, Савиньи VII Beil. XVIII старался устранить посредствомъ толкованія или исправленія текста. См. противъ этого Вангерова I § 183. прим. 2 № 4. c) При займѣ, который принятъ несовершеннолѣтнимъ, по крайней мѣрѣ восемьнадцати лѣтъ, съ цѣлью освобожденія отъ плѣна его восходящихъ родственниковъ или другихъ лицъ, отъ которыхъ онъ получилъ наслѣдство, Nov. 115 c. 3 § 13. d). При полюбовной сдѣлкѣ между близкими родственниками (соотвѣтствующее мѣсто называетъ братьевъ и сестеръ), имѣющей цѣлью устранить отказъ, возложенный на нихъ взаимно на случай болѣе ранней смерти („cum fratrum concordia remoto captandae mortis alterius voto improbabili retineatur“, l. 11 C. de transact. 2. 4). e) Несовершеннолѣтнему не дается реституціи противъ той реституціи, которую онъ получилъ противъ сдѣланнаго его отцомъ принятія наслѣдства или отреченія отъ него, l. 8 § 6 C. de bon. quae lib. 6. 61. f) Противъ продажи закладовъ ему дается реституція лишь въ томъ случаѣ, когда понесенный имъ оттого ущербъ весьма значителенъ, или когда продавецъ и покупатель оказались виновными въ недобросовѣстности сообща, l. 9 pr. D. h. t., l. 2 C. si adv. vend. pign. 2. 29, l. 3 C. si adv. fisc. 2. 37, l. 2. C. de praed. min. 5. 71. По этимъ мѣстамъ можно объяснить съ одной стороны Paul. S. R. I. 9 § 8, l. 7 § 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 1 C. de praed. min. 5. 71, а съ дру-

лѣтній желаетъ чрезъ реституцію перенести понесенную невыгоду на другаго несовершеннолѣтняго, то этому препятствуетъ то начало, что когда положеніе обоихъ сторонъ одинаково, то оставляется въ силѣ существующее состояніе [7]).

Съ несовершеннолѣтними по закону сравнены общины [8]) и церковныя корпораціи [9]).

c. Принужденіе, обманъ и заблужденіе.

§ 118.

Важность реституціи по поводу принужденія въ значительной степени умалена тѣмъ, что рядомъ съ нимъ имѣетъ силу обыкновенное притязаніе на вознагражденіе ущерба не только

гой — l. 38 D. h. t., l. 2 C. si adv. vend. 2. 29, l. 4 C. de reb. alien. 4. 51. Ср. тоже l. 6 C. de rest. mil. 2. 51. Дернбургъ Pfandrecht II стр. 235 и сл.; иначе Савиньи стр. 152, отчасти Бахофенъ ausgewählte Lehren стр. 161—170. —Потерялп силу исключенія l. 13 § 11 C. de iud 3. 1, l. 1 § 1 C. de plus pet. 3. 10. Никакого исключенія не содержится въ l. 1 C. de i. i. r. min. 2. 22 (Бурхарди стр. 252, Вангеровъ I § 183 прим. 2 въ к.) и въ l. 1 C. si adv. don. 2. 30 (§ 105 прим. 6). То, что несовершеннолѣтнему не можетъ быть дана реституція, когда онъ съ злымъ умысломъ выдалъ себя за совершеннолѣтняго (l. 2. 3. C. si minor. se mai. 2. 43), и то, что онъ утрачиваетъ свое притязаніе на реституцію посредствомъ подтвержденія, послѣдовавшаго съ его стороны до достиженіи имъ совершеннолѣтія (Cod. 2. 46 si maior factus ratum habuerit), не составляютъ еще исключеній, спеціально относящихся къ реституціи несовершеннолѣтнихъ (§ 115 прим. 10, § 83).

[7]) L. 128 pr. D. de R. I. 50. 17, l. 11 § 6 l. 34 pr. D. h. t. Ср. Зейф. Arch. I. 155, V. 101. 102. 249, VII. 141.

[8]) L. 3. C. de iure reip. 11. 29, l. 1. C. de off. eius 1. 50, l. 4 C. quib. ex caus. mai. 2. 54. Зейф. Arch. I. 404, V. 249, XXI. 198.

[9]) C. 1. 3. 6 X. de i. i. r. 1. 41, c. 11 X. de reb. eccl. 3. 13, c. 1. 2 de r. i. i. in VI° 1. 21, cl. un de r. i. i. 1. 11. О и противъ распространенія привилегіи несовершеннолѣтнихъ на другія юридическія и иныя находящіяся подъ опекою лица см. Глюка VI стр. 23 и сл., Бурхарди стр. 258 и сл., Савиньи стр. 160. 161, Гольцшугеръ I § 24 № 13. Практика рѣшительно склоняется въ пользу распространенія. См. Зейф. Arch. III. 191 (благотворительныя учрежденія); II. 156, III. 191, X. 8, XIV. 191 (фискъ); III. 190, XIII. 9. 186 (расточитель); V. 103 (слабоумные). Противъ распространенія на конкурсныя массы X. 116. 327 (иначе относительно просрочекъ V. 98); противъ распространенія на акціонерныя общества VI. 138.

противъ принуждающаго, но и противъ невиннаго третьяго лица, обогатившагося отъ вынужденной юридической сдѣлки [1]). Съ другой стороны, не должно однако думать, что чрезъ это притязаніе на вознагражденіе ущерба совершенно исключается реституція по поводу принужденія [2]); совмѣстно съ нимъ она прямо признана въ нашихъ источникахъ [3]) и въ такомъ же смыслѣ имѣетъ несомнѣнную практическую важность для отдѣльныхъ случаевъ [4]).

И по поводу обмана на ряду съ реституціею допускается притязаніе на возмѣщеніе ущерба, хотя и не противъ невиновнаго третьяго лица [5]). Но особенность здѣсь та, что хотя существованіе реституціи само по себѣ не подлежитъ сомнѣнію, но примѣнимость ея въ другихъ случаяхъ кромѣ прямо упомянутыхъ въ источникахъ крайне сомнительна, и всѣ эти случаи носятъ процессуальный характеръ [6]).

---

§ 118.

[1]) Actio quod metus causa

[2]) Изъ новыхъ писателей это мнѣніе защищаетъ Пухта § 100. c. § 102 c. d. Противъ него Бурхарди § 18. 19, Шретеръ стр. 116 и сл.; Савиньи § 330 (именно примѣчаніе g) Вангеровъ I § 185 прим. № II, Шлиманъ (Schliemann) Lehre vom Zwange стр. 58. 59.

[3]) Вообще: l. 1 D. de i. i. r. 4. 1, Paul. S. R. I. 7. § 2; въ особыхъ примѣненіяхъ: l. 9 § 4 l. 21 § 5. 6. D. quod met. c. 4. 2, l. 3 C. de his quae vi 2. 20.— Объ отношеніи во времени между этими двумя средствами защиты см. Бурхарди § 18, Шретера стр. 116 и сл., Вангерова § 185 прим., Шлимана в. п. с. стр. 7—12, Kramer leer van den psychischen dwang (§ 80*) p. 200—205, которые считаютъ возвращеніе болѣе позднимъ, и Савиньи стр. стр. 112—116. 119 и сл., который считаетъ его болѣе древнимъ.

[4]) Именно при несостоятельности противника для пріобрѣтенія вещнаго притязанія вмѣсто чисто личнаго. Другой примѣръ представляетъ вступленіе и отказъ отъ наслѣдства, „по причинѣ неопредѣленныхъ, быть-можетъ, необозримыхъ правоотношеній, которыя могутъ быть связаны съ этимъ наслѣдствомъ“ (Савиньи стр. 195). См. тоже Шлимана в. п. с. стр. 41—42. 59.

[5]) Actio de dolo.

[6]) Обманъ обозначается какъ общее основаніе возвращенія въ пр. пол. въ l. 1 D. de i. i. r. 4. 1. и у Paul. S. R. I. 7 § 2. Но это не значитъ, что онъ долженъ быть основаніемъ возвращенія во всѣхъ случаяхъ; ибо иначе пришлось бы назвать общимъ дѣйствующимъ основаніемъ возвращенія и заблужденіе, такъ какъ у Павла в. п. с. и въ l. 2 D. de i. i. r. 4. 1 оно тоже приводится въ качествѣ общаго основанія возвращенія. Поэтому все зависитъ отъ отдѣльныхъ въ источникахъ опредѣленій, въ коихъ примѣняется возвращеніе по поводу обмана. Таковы несомнѣнно l. 7 § 1 D. de i. i. r. 4. 1 и l. 33 D. de re iud 42. 1; l. 18 D. de interr. 11. 1 не упоминаетъ объ обманѣ и можетъ быть отнесено къ заблужденію, l. 3 § 1 D. de eo per quem fact. erit. 2. 10 вполнѣ объясняется

Реституція по причинѣ заблужденія примѣняется въ области матеріальнаго права лишь къ одному случаю, именно когда вѣрители наслѣдства, движимые извинительнымъ заблужденіемъ, воспользовались своимъ правомъ требовать раздѣла наслѣдственнаго имущества [7]).

d. Возвращеніе въ пр. пол. по поводу просрочки* [1]).

§ 119.

Возвращеніе въ прежн. полож. противъ невыгодныхъ послѣд-

правилами о возвращеніи по поводу просрочки (Франке Beitr. стр. 79), приводимое многими возвращеніе по поводу обмана противъ bonae fidei contractus (§ 115 прим, 1) не можетъ быть доказано. Но всѣ указанные случаи несомнѣннаго примѣненія возвращенія по поводу обмана носятъ процессуальный характеръ; тоже конечно можно сказать и о говорящемъ довольно обще l. 7 § 1 D. de i. i. r. 4. 1 (vv. boni praetoris est potius restituere litem). Хотя вообще опасно распространять процессуальныя положенія на матеріальное право, но здѣсь слѣдуетъ сказать противное. Въ силу прямыхъ свидѣтельствъ источниковъ возвращеніе по поводу обмана исключаетъ собою actio de dolo (l. 7 § 1 D. de i i. r. 4. 1, l. 1 § 6 D. de dolo 4. 3); такъ во всѣхъ мѣстахъ, въ коихъ actio de dolo допускается, содержится косвенное свидѣтельство противъ возвращенія по поводу обмана; ср. именно l. 18 § 4 l. 38 D. de dolo 4. 3.—Защищаемаго здѣсь мнѣнія держатся Шретеръ стр. 128, Вангеровъ I § 185 прим. № III, Синтенисъ I стр. 374, Вехтеръ II стр. 843; противъ него Бурхарди § 20 и въ особенности Савиньи VII § 332.

[7]) Возвращеніе по поводу заблужденія, какъ уже замѣчено въ предыдущемъ примѣчаніи, упоминается какъ общее основаніе у Paul. S. R. I. 7 § 2 и въ l. 2 D. de i. i. r. 4. 1; но по отношенію къ нему всѣ согласны, что оно не должно быть распространяемо на неуказанные въ источникахъ случаи примѣненія. И эти случаи преимущественно процессуальнаго свойства и притомъ по большей части устарѣли (такъ, въ особенности прямо упомянутое въ эдиктѣ возвращеніе противъ того, кто вступилъ въ процессъ falso tutore auctore, l. 1 § 6 D. quod falso tut. 27. 6, ср. сверхъ того Gai. IV. 53. 57, § 33 I de act. 4. 6, l. 2 D. de exc. rei. iud. 44. 2, l. 18. D. de interr. 11. 1, l. 8 § 2 D. qui satisd. 2. 8, l. 11 § 8, 10. 11 D. deinterr. 11. 1, l. 7 pr. D. de i, i. r 4. 1). Къ процессу не относятся только непримѣнимые болѣе у насъ l. 3 § 31 D. ad. SC. Silan. 29. 5 (ср. § 119 прим. 16) и l. 1 § 17 D. de sep. 42. 6, въ коемъ высказано означенное въ текстѣ положеніе (l. 17 D. de his quae ut ind. 34. 9 не содержитъ въ себѣ никакого случая возвращенія). Ср. Савиньи III стр. 384 и сл. VII. § 331; сверхъ того Франке Beitr. стр. 83 и сл., Бурхарди § 21, Вангерова I § 186 прим. Зейф. Arch. X. 114, XI . 203, XV. 173. 174.

*) Dig. IV. 6 ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur. Cod. II 54 ex quibus causis maiores in integ.um restituuntur.

ствій просрочки [2]) дается во всѣхъ случаяхъ, въ коихъ просрочка произошла отъ внѣшняго препятствія, коимъ по мнѣнію судьи оправдывается реституція [3]). Источники прямо перечисляютъ рядъ такихъ препятствій.

1) Препятствія въ лицѣ просрочившаго. Сюда главнымъ образомъ относится отсутствіе изъ мѣстожительства [4]); оно, однако, должно оправдываться необходимостью или какою-либо иною причиной [5]). Наравнѣ съ отсутствіемъ поставлено лишеніе свободы [6]).

---

[1]) Встрѣчающееся въ названныхъ выше заглавіяхъ титуловъ и въ другихъ § 119
мѣстахъ обозначеніе этого возвращенія какъ in integrum [restitutio maiorum объясняется относительно-ничтожною практическою важностью возвращенія по поводу принужденія, обмана и заблужденія. Савиньи VII стр. 163.

[2]) Изъ числа невыгодныхъ послѣдствій просрочки особенно важна и потому особенно указывается въ преторскомъ эдиктѣ давность (l. 1 § 1 D. h. t.). См. сверхъ того l. 15 § 2 l. 17 § 1 l. 41. 43 D. h. t., l. 1. 6 C. de rest mil. 2. 51. Ср. Франке Beitr. стр. 67—72.

[3]) Въ преторскомъ эдиктѣ (l. 1 § 1 D. h. t., толкованіе у Савиньи стр. 165. 166) послѣ перечисленія цѣлаго ряда особыхъ основаній restitutio, между которыми главное мѣсто занимаетъ отсутствіе, сказано: „item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebiscita senatusconsulta edicta decreta principum licebit“. Господствовавшее прежде мнѣніе придавало этой „generalis clausula“ (l 26 § 1 l 33 pr. D. h. t.) совершенно общій смыслъ и потому вообще предоставляло возвращеніе въ пр. пол. усмотрѣнію судьи. Другіе же ограничивали эту оговорку случаями отсутствія, не поименованными въ эдиктѣ. Глюкъ VI. § 471. Теперь всѣми признано, что оба эти мнѣнія невѣрны, что эту generalis clausula слѣдуетъ относить не исключительно къ случаямъ отсутствія, но и не къ положительнымъ дѣйствіямъ и именно не къ юридическимъ актамъ. Ср. въ особенности Бурхарди стр. 191 и сл., Франке Beitr. стр. 73 и сл., Савиньи стр. 167, Вангерова I. § 183 прим. 1 № III; Зейф. Arch. X. 113. ср. 117. Противъ перваго слишкомъ общаго пониманія generalis clausula свидѣтельствуетъ прямо l. 26. § 9 D. h. t.

[4]) Зейф. Arch. V. 104.

[5]) Эдиктъ упоминаетъ объ отсутствіи изъ страха (основательнаго, l. 2. § 1 l. 3 D. h. t.) и по государственнымъ дѣламъ (l. 4—7 l. 33 § 1 l. 38 l. 45. D. h. t.). На основаніи clausula generalis возвращеніе объявляется допускаемымъ „quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit“ (l. 26. § 9 D. h. t.) и даже при добровольномъ отсутствіи, „si quis de causa probabili afuerit“ (l. 28 pr. D. h, t.). Подъ causa probabilis, конечно, нельзя разумѣть „уважительную“ причину, какъ это дѣлаетъ Савиньи (стр. 174—176), чтобы затѣмъ полемизировать противъ этого требованія уважительности. Ср. еще l. 8. 26 § 1 l. 40 § 1 l. 42 D. h. t., l. 1 C. h. t., l. 1. 2. C. de ux mil. 2. 52.

[6]) „In vinculis esse“, l. 1. § 1 D h. t., l. 9. 10 cod. Къ этому случаю ex

Далѣе сюда относится реституція, предоставленная лицу, еще неродившемуся [7]). То обстоятельство, что просрочившій имѣлъ представителя, не лишаетъ его права на реституцію [8]), независимо отъ того случая, когда противъ него состоялось вошедшее въ законную силу рѣшеніе; наоборотъ, онъ его лишается, если у него не было представителя, когда его слѣдовало имѣть [9]), а по аналогіи съ этимъ послѣднимъ рѣшеніемъ просрочившему слѣдуетъ отказать въ реституціи даже и тогда, когда онъ по своей собственной винѣ ошибся въ выборѣ представителя.

---

clausula generali приравнивается и то, когда кто за поручительствомъ обѣщалъ не оставлять извѣстнаго мѣста, l. 28. § 1. D. h. t. Въ эдиктѣ упоминалось особенно о военномъ плѣнѣ, который подходитъ сюда въ силу распространенія отсутствія ex clausula generali, далѣе объ in servitute esse (о фактическомъ пребываніи въ состояніи раба). L. 11—15. § 2. D. h. t.

7) L. 45. pr. D. de min. 4. 4.

8) Что наличность представителя не исключаетъ возвращенія, это прямо говорится въ l. 26. § 9. D. h. t.:—„et saepissime constitutum est, adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non“. Съ этимъ согласны l. 15. pr. D. h. t. (находящійся apud hostes получаетъ возвращеніе, хотя бы къ его имуществу приставленъ былъ попечитель) и l. 8. D. de i. i. r. 4. 1 (возвращеніе въ случаѣ пропущенія представителемъ апеляціоннаго срока). Но мѣстамъ этимъ противорѣчатъ кромѣ остальнаго содержанія l. 8. cit. (см. ниже), именно l. 39. D. h. t. „Is qui reipublicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur“. Мнѣнія здѣсь расходятся; общій очеркъ ихъ дѣлаетъ Фрицъ (Fritz) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N F. XVII. 3 стр. 68 и сл. (см. тоже Арндтса § 120 прим. 3). Савиньи (стр. 178. 180) за одно съ Бурхарди (стр. 166 и сл.) склоненъ принять, что право при своемъ развитіи постепенно становится мягче. По моему мнѣнію въ l. 39 cit., сообразно съ настоящимъ техническимъ смысломъ defendere, идетъ рѣчь о вошедшемъ въ законную силу рѣшеніи и потому должно изъ этого мѣста вывести только то положеніе, что представляемый не можетъ получить возвращенія противъ содержанія вошедшаго въ законную силу рѣшенія, каковое положеніе содержится и въ l. 8 D. de i. i. r. cit. Съ этимъ выводомъ согласенъ и Фрицъ в. п. с., съ которымъ нельзя однако согласиться, когда онъ сводитъ это положеніе къ тому, что возвращеніе по поводу отсутствія вообще не относится къ рѣшеніямъ, потому что оно не относится къ принятію на себя обязательствъ.

9) L. 20 pr. D. de min. 4. 4, l. 26. § 1 l. 28 pr. D. h. t. Это не противорѣчитъ сказанному въ предыдущемъ примѣчаніи. Отсутствующій не можетъ возразить, что онъ могъ бы требовать возвращенія, даже если бы у него былъ представитель; нельзя принимать что представитель не исполнилъ бы своей обязанности. Фрицъ в. п. с. стр. 62 и сл. безъ всякаго основанія ограничиваетъ это возвращеніемъ ex clausula generali.

2) Препятствія въ лицѣ того, по отношенію къ коему слѣдовало совершить какое-нибудь дѣйствіе: а именно тоже отсутствіе и лишеніе свободы [10]), затѣмъ случай, когда къ нему невозможно было предъявить иска или вслѣдствіе его ухищренія, или вслѣдствіе задержки по дѣламъ, или вслѣдствіе какой-нибудь причины, освобождающей его отъ тяжбы [11]), или если онъ въ помѣшательствѣ, либо дитя, либо юридическое лицо [12]). Требуется, однако, чтобы нельзя было найдти и представителя его [13]).

3) Препятствія въ лицѣ судьи, напримѣръ, проволочка, отказъ въ правосудіи, чрезвычайныя вакаціи [14]).

4) Иныя препятствія, каково неосуществленіе сервитута вслѣдствіе того, что осуществленію этому препятствуетъ самое состояніе служащей вещи [15]). Сюда только не слѣдуетъ причислять и заблужденія [16]).

С. О реституціи въ ея осуществленіи.

§ 120.

Домогаться возвращенія въ прежнее положеніе могутъ потерпѣвшій и его юридическіе преемники, какъ общіе [1]), такъ и сингулярные [2]).

---

[10]) L. 1 § 1 D. h. t.; l. 21 § 1 l. 23 pr. § 3 eod.

[11]) L. 1 § 1 D. h. t.; l. 23 § 4 l. 24. 25. 26 § 2 eod.

[12]) L. 22 § 2 D. h. t.

[13]) L. 21. § 2. 3 l. 22. pr. l. 26. § 3. D. h. t; Ср. § 4. 5 I. de satisd. 4. 11, l. 2. C, de ann. exc. 7. 40. Савиньи VII стр. 184.

[14]) L. 26. pr. § 4—7. D. h. t.

[15]) L. 34. § 1. l. 35. D. de S. P. R. 8. 3, l. 43 pr. D. quemadm. serv. 8 6, l. 1. § 9. D. de itinere. 43. 19.

[16]) По причинѣ заблужденія (невѣденія) возвращеніе противъ просрочки дается въ l. 7 pr. D. de i. i. r. 4. 1, въ коемъ рѣчь идетъ о процессуальномъ случаѣ, и въ l. 3 § 31 ad. SC. Sil. 29. 5: „si idcirco ignoratum est, quia metu senatusconsulti (Silaniani) aperiri tabulae non potuerunt“. Если бы это рѣшеніе (нынѣ неприменимое) возвести въ общее правило, то давность притязаній утратила бы большую часть своего значенія и пользы. Ср. § 118 прим. 7. Къ устраненію заблужденія относится внесенная въ текстъ прибавка, „внѣшнее“ препятствіе.

[1]) L. 6 D. de i. i. r. 4. 1, l. 18. § 5. D. de min. 4. 4; ср. l. 3. § 9. 10 § 120. eod.

[2]) То-есть, сингулярные преемники притязанія на реституцію; такое притя-

Оно можетъ быть потребовано противъ того, въ пользу коего наступило наносящее ущербъ юридическое послѣдствіе, и противъ его общихъ преемниковъ. Противъ лицъ, кои на основаніи наносящаго ущербъ юридичеекаго послѣдствія пріобрѣли что-либо при посредствѣ инаго производнаго способа пріобрѣтенія, возвращеніе въ прежнее положеніе можетъ быть потребовано лишь въ томъ случаѣ, когда эти лица знали при самомъ пріобрѣтеніи объ основаніи этого возвращенія, или когда безъ этого возвращенія не можетъ быть потерпѣвшимъ устраненъ значительный ущербъ [3]); безусловно же противъ всякаго третьяго лица возвращеніе можетъ быть потребовано лишь по поводу принужденія [4]). Третьи лица, имѣющія въ своихъ рукахъ безъ всякаго юридическаго основанія

заніе можетъ быть уступлено подобно всякому другому притязанію, l. 24 pr. D. de min. 4. 4. Ср. l. 25. D. de admin. 26. 7, l. 20. § 1. D. de tutelae 37. 3. Напротивъ того совершенно нельзя было бы оправдать того, еслибы сингулярному преемнику вздумали давать притязаніе на возвращеніе въ пр. положеніе относительно такого права, которее съужено какимъ-нибудь юридическимъ послѣдствіемъ, противъ коего предмѣстникъ могъ бы потребовать возвращенія въ пр. положеніе (примѣръ: собственность—отягощеніе вещи повинностью).—Равнымъ образомъ притязаніемъ на возвращеніе не можетъ воспользоваться поручитель, l. 7. § 1. i. f. D. de exc. 44. 1. (гдѣ рѣчь идетъ сначала объ exc. legis Plaetoriae, а затѣмъ о возвращеніи въ пр. пол. несовершеннолѣтнихъ); ср. l. 95. § 3. D. de solut. 46. 3. Иной вопросъ въ томъ, можетъ ли данная потерпѣвшему реституція идти въ пользу и его поручителю; см. прим. 18. Обо всемъ этомъ ученіи: Бурхарди стр. 398—416, Савиньи стр. 216—222, Вангеровъ § 179 прим.

[3]) Что возвращеніе дается то in rem, то только in personam, объ этомъ говоритъ Paul. S. R. I. 7. § 4. Выставленное въ текстѣ правило всего рѣшительнѣе выражено въ l. 13. § 1 l. 14. D. de min. 4. 4. (гдѣ въ качествѣ случая, когда потерпѣвшій не могъ бы получить своего безъ возвращенія противъ третьихъ лицъ, указанъ именно тотъ случай, когда несостоятельнымъ къ платежу оказывается ближайшій участникъ). Въ виду этихъ мѣстъ l. 17 pr. ex quib. caus. mai. 4. 6. можно толковать въ ограничительномъ смыслѣ, что несомнѣнно относительно l. 39 pr. D. de evict. 21. 2, который выдвигаетъ совершенно иную точку зрѣнія; относить l. 30. § 1. D. ex quib. caus. mai. къ возвращенію противъ третьихъ лицъ вовсе нѣтъ надобности. Возвращеніе противъ продажи заклада (l. 2 D. de praed. min. 5. 71) не составляетъ возвращенія противъ третьихъ лицъ. Впрочемъ ср. и другія мѣста, приведенныя въ § 117 прим. 6. f. Мнѣнія и здѣсь очень расходятся. Ср. Бурхарди стр. 416—420, Савиньи стр. 223. 269—273, Wetzell disput. de quaestione adversus quem in int. rest. imploranda sit. Marb. 1850. Вехтеръ II стр. 847, Арндтсъ § 123 прим.

[4]) По аналогіи съ actio quod metus causa и по l. 3. C. de his quae vi 2. 20.

то, чего лишился потерпѣвшій, подвергаются конечно той же участи [5]).

Требованіе должно быть предъявляемо у судьи, признаваемаго компетентнымъ по правиламъ процессуальнаго права [6]). Судья не постановляетъ рѣшенія до выслушанія противной стороны [7]). Если послѣ присужденнаго возвращенія окажется еще какой-либо споръ между сторонами [8]), то онъ разрѣшается въ особомъ производствѣ; но онъ можетъ быть разрѣшенъ также въ связи и одновременно съ производствомъ о реституціи [9]).

Возвращеніе должно быть потребовано въ продолженіе четырехъ лѣтъ [10]). Теченіе этого срока начинается съ того дня, въ который отпало основаніе возвращенія [11]), а для общинъ и духов-

---

[5]) Зейф. Pand. III § 665. прим. 28, Арндтсъ § 123 прим.

[6]) Бурхарди § 28, Савиньи § 334.

[7]) L. 13 pr. l. 29. § 2. D. de min. 4. 4, l. 1. C. si adv. dot. 2· 34, Nov. 119 c. 6.

[8]) Что представляется излишнимъ, когда, напримѣръ, несовершеннолѣтнему дается возвращеніе противъ невыгодной для него купли—продажи. Наоборотъ возвращеніе можетъ имѣть именно цѣлью сдѣлать возможнымъ самый споръ, напримѣръ, когда оно дается противъ истеченія давности притязанія.

[9]) Соотвѣтственно тому новые писатели различаютъ iudicium rescindens и iudicium rescissorium; послѣднее выраженіе согласно съ источниками (попеременно употребляемое то съ iudicum restitutorium, то съ actio restitutoria) но не ограничивается только возвращеніемъ; ср. l. 16. C. ad SC. Vell. 4. 29, l. 8. § 7. 12. 13. D. eod. 16. 1. Въ классическомъ римскомъ правѣ разъединеніе этихъ двухъ производствъ было правиломъ, такъ-какъ возвращеніе могло быть даваемо только отъ magistratus (l. 9. § 4. D. de iurei. 12. 2. 2, ср. Фойгта (Voigt) condictiones ob causam стр. 777 прим. 728, а также Рудорфа Zeitschr. f. RGesch. IV стр. 94. 95), а онъ разрѣшалъ обыкновенный споръ лишь въ чрезвычайныхъ случаяхъ. Ср. о всемъ этомъ вопросѣ Бурхарди § 24—26, Савиньи § 337; а также Фойгта в. п. с. стр. 776 и сл.

[10]) Вмѣсто прежняго annus utilis Юстиніанъ постановилъ quadriennium continuum, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53 (Переходное право въ l. 2. C. Th. de integr. rest. 2. 16). Впрочемъ, еще можно спорить, дѣйствительно-ли названный законъ относится ко всѣмъ случаямъ реституціи, ср. Вангерова I § 180 прим. № 1. Постановленіе о томъ, что въ теченіе этого срока возвращеніе въ прежнее положеніе должно быть не только заявлено, но и разрѣшено, устранено практикою. Глюкъ V стр. 445, Вангеровъ I § 180 прим. № 3. Ср. вообще о давности притязанія на возвращеніе Унтергольцнера Verjährungslehre II § 151—155, Бурхарди § 27, Савиньи стр. 242—264. Зейф. Arch. XXI. 6.

[11]) Это прямо предписано относительно возвращенія по поводу несовершенно-

ныхъ корпорацій со дня причиненія вреда [12]). Противъ истеченія этого срока, при наличности законнаго основанія, можетъ быть снова потребована реституція [13]); но съ тѣмъ, что если это законное основаніе наступаетъ уже послѣ того, какъ теченіе срока началось, возвращеніе можетъ быть потребовано лишь въ теченіе времени, остающагося до истеченія срока [14]).

Дѣйствіе возвращенія состоитъ въ возстановленіи прежняго юридическаго положенія [15]). Но возвращеніе это можетъ послѣдовать не только въ пользу, но и во вредъ возвращаемаго въ прежнее положеніе, такъ что онъ долженъ выдать то, что онъ пріобрѣлъ чрезъ наступленіе юридическаго послѣдствія, предполая при этомъ, что онъ снова не утратилъ пріобрѣтеннаго именно вслѣдствіе основанія возвращенія [16]). Равнымъ образомъ онъ снова

лѣтія и противъ просрочекъ, l. 7 C. de temp. i. i. r. 2. 53 — спорно по отношенію къ принужденію, обману и заблужденію, ср. Вангерова I § 180 прим. № 2 въ срединѣ. Въ особенности относительно случая объявленія совершеннолѣтія въ l. 5 pr. C. eod.; о l. 28 § 3 D. ex quib. caus. mai. 4. 6 см. Савиньи стр. 252 прим. a. Для начала теченія давности не требуется знанія о понесенномъ нарушеніи. Бурхарди стр. 517 и сл., Савиньи стр. 248 и сл., Вангеровъ I § 180 прим. № 2. Зейф. Arch. I. 270, VIII. 10.

[12]) C. 1. 2 de r. i. i. in VI° 1. 21, cl. un. de r. i. i. 1. 11. Знанія о понесенномъ нарушеніи не требуется и въ каноническомъ правѣ (c. 1. 2 de r. i. i. in VI°). Савиньи стр. 248—250. Др. мнѣн. Кейль (Keil) Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 16. Противъ этого Фермеренъ (Vermehren) тамъ же XXXIX. 16 (ср. X. 18). За требованіе знанія: Зейф. Arch. III. 191, XI. 204, XIV. 191; противъ XI. 8.

[13]) Другими это отрицается на основаніи l. 20 pr. D. de min. 4. 4, который однако отказываетъ въ реституціи единственно вслѣдствіе отсутствія справедливаго основанія (§ 119 прим. 9). Ср. тоже l. 19 eod., l. 1—3. C. de temp. i. i. r. 2. 53, c. 1 de r. i. i. in VI° 1. 21. Савиньи стр. 258—263, Арндтсъ § 122 прим. 3.

[14]) Другими словами: не считается та часть срока возвращенія, которая протекаетъ во время существованія, основанія возвращенія. L. 19. D. de min. 4. 4, l. 5 § 1. 2 C. de temp. i. i. r. 2. 53. Основаніе возвращенія можетъ наступить въ послѣдствіи и такимъ образомъ, что управомоченный къ возвращенію умираетъ въ предѣлахъ этого срока и оставляетъ наслѣдника, въ лицѣ коего имѣется основаніе возвращенія. Объ этомъ-то случаѣ и говорятъ прежде приведенныя мѣста.

[15]) L. 7 § 5 l. 27 § 2. 3 l. 33. 40 pr. l. 48 § 2 l. 50 D. de min. 4. 4, l. 23 § 2 l. 26 § 7. 8 l. 28 § 6 D. ex quib. caus. mai. 4. 6 l. 19 D. de nov. 46. 2, l. 1 § 1 C. de reput. 2. 48.

[16]) L. 24 § 4 l. 27 § 1 l. 40 § 1 l. 47 § 1 D. de min. 4. 4, l. 1 pr. § 2 C. de reput. 2. 48.

вступаетъ въ обязательства, которыя ранѣе для него существовали; тоже имѣетъ силу по отношенію къ третьимъ лицамъ, когда они освободились отъ обязательства чрезъ отмѣняемое теперь юридическое послѣдствіе [17]). Поручитель возвращеннаго въ пр. пол. можетъ воспользоваться возвращеніемъ только въ томъ случаѣ, если онъ ручался не прямо по отношенію къ праву на реституцію [18]).

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

ОСУЩЕСТВЛЕНІЕ, НАРУШЕНІЕ И ЗАЩИТА ПРАВЪ.

I. Осуществленіе правъ *).

§ 121.

Доселѣ права разсмотрѣны были лишь со стороны ихъ существованія, а не со стороны ихъ осуществленія. Но ихъ назначеніе заключается именно въ дѣятельности, а не въ покоѣ. Назначеніе ихъ вызвать соотвѣтствующее имъ дѣйствительное состояніе. Вызывая въ силу своего права такое состояніе, управомоченный осуществляетъ само это право.

Относительно осуществленія правъ нужно замѣтить слѣдующее.

Есть права, которыя вмѣстѣ съ осуществленіемъ прекращаются, другія же такого свойства, что осуществленіе ихъ не ведетъ къ такому послѣдствію [1]).

---

[17]) L. 50 D. de min. 4. 4, l. 48 § 1 i. f. D. de fidei. 46. 1, l. 1 § 1 C. de reput. 2. 48; l. 20 pr. D. de tutelae 27. 3.

[18]) L. 13 pr. D. de min. 4. 4, l. 95 § 3 D. de solut. 46. 3 (*vv.* sine contemplatione iuris praetorii), Paul. S. R. I. 9 § 6; l. 3 § 4 D. de min. 4. 3, l. 51 pr. D. de proc. 3. 3; l. 7 § 1 D. de excepl. 44. 1, l. 1. 2 C de fidei. min. 2. 24. Бурхардн стр. 569 и сл., Савиньи стр. 217—222. Вангеровъ § 183 прим. 1. Ср. Зейф. Arch. IX. 5.

*) Вехтеръ II § 32, Унгеръ I § 68, Синтенисъ I § 27.

[1]) Къ послѣднему роду относятся вещныя права, а къ первому права требо-

Осуществленіе права не можетъ быть признаваемо противоправнымъ лишь потому, что имъ причиняется ущербъ другому [2]); оно недозволительно лишь въ томъ случаѣ, если право осуществляется единственно съ тою цѣлью, чтобы причинить другому ущербъ [3]).

Въ частности не считается противоправнымъ такое осуществленіе права одного лица, которое дѣлаетъ невозможнымъ осуществленіе или разрушаетъ право другаго лица [4 5]), ибо иначе пра-

---

вания и вообще притязанія, за исключеніемъ однако притязаній, направленныхъ на длящіяся (положительныя или отрицательныя) дѣйствія.

[2]) Это выражаютъ такъ: qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam. Начало это признано въ l. 55. 151. 155 § 1 D. de R. I. 50. 17. Примѣненія въ l. 9 D. de S. P. U. 8. 2, l. 24 § 12 l. 26 D. de damno inf. 39. 2, l. 1 § 11. 21 l. 21 D. de aqua et aquae 39. 3. Игерингъ Jahrb. f. Dogm. X стр. 312 и сл.

[3]) Единственно съ тою цѣлью, чтобы причинить другому ущербъ. Стало быть предполагается, что управомоченный не имѣетъ никакого иного интереса въ осуществленіи своего права. Само собою разумѣется, что не онъ обязанъ доказывать наличность иного интереса; противникъ долженъ доказать ему отсутствіе послѣдняго, а доказять это весьма трудно. Вотъ почему все это правило не совсѣмъ практично; но съ другой стороны, заходятъ ужъ слишкомъ далеко, оспаривая на этомъ же основаніи его всеобщую силу, (такъ именно Вехтеръ II стр. 194, Унгеръ I стр. 616, Версенбергъ (Werenberg) и Игерингъ въ Jahrb. f. Dogm. VI стр. 34. 104—106, см. тоже цитаты у Вангерова I стр. 297 прим. № 1; средины держится Синтенисъ I стр. 234) и ограничивая его спеціальными случаями, въ коихъ оно упоминается въ источникахъ. Въ соотвѣтствующихъ мѣстахъ источниковъ (l. 38 D. de R. V. 6. 1, l. 1 § 12 l. 2 § 5. 9 D. de aqua et aquae 39. 3 ср. l. 3 pr. D. de op. publ. 50. 10) нѣтъ никакого указанія на подобное ограниченіе; въ нихъ очевидно примѣняется принципъ. Ср. А. Пернисъ zur Lehre von den Sachbeschädigungen стр. 44. 45. Тоже Зейф. Arch. X. 222, XXI. 192. Blätter f. RAnwend. Ergänz. Bd. zum 31. u. 32 Jahrg. стр. 308 и сл.

[4]) Въ этихъ случаяхъ говорятъ о коллизіи правъ. Объ этомъ ученіи ср. Тибо Versuche II. 14 (1798, 2 изд. 1817). Гуфеландъ Geist. des röm. Rechts II. 7 (1817). Шталъ (Stahl) über die Collision und den Vorzug des Besonderen vor dem Allgemeinen im Rechte (1826). Кирульфъ I стр. 230—240, Вехтеръ II § 76, Бекингъ I § 128, Унгеръ I § 70.

[5]) Вѣритель не сдѣлаетъ неправды, если осуществленіемъ своего требованія отниметъ у должника средства къ удовлетворенію другихъ вѣрителей. Корреальный вѣритель можетъ реализировать свое требованіе, хотя бы онъ тѣмъ самимъ лишилъ другаго корреальнаго вѣрителя его требованія. Въ этихъ случаяхъ прилагается правило: occupantis или possidentis melior est condicio. Ср. l. 6 § 7 l. 24 D. quae in fr. cred. 42. 8; l. 2 D. de duob. reis 45. 2; l. 9 § 4 D. de Publ. act. 6. 2; l. 10 D. de pign. 20. 1; l. 32 D. de proc. 3. 3; l. 33. 126 § 2 l. 128 pr. D. de R. I. 50 17, c. 65 de R. I. in VI° 5. 13. Въ томъ случаѣ, когда чрезъ осуществленіе одного притязанія становится невозможнымъ осущест-

во другаго лица должно было бы пользоваться какимъ-нибудь юридическимъ преимуществомъ [6]). Въ особенныхъ случаяхъ при такой коллизіи правъ имѣетъ мѣсто раздѣлъ пользованія [7]) или рѣшеніе посредствомъ жребія [8]).

Осуществленіе одного права можетъ также вредно вліять на другое право того же управомоченнаго. Это бываетъ при притязаніяхъ, направленныхъ на одно и тоже; тутъ нельзя требовать удовлетворенія каждаго изъ притязаній порознь, но удовлетвореніе одного изъ нихъ будетъ вмѣстѣ съ тѣмъ удовлетвореніемъ и другаго [9]). На одно и тоже два притязанія направлены въ томъ слу-

---

вленіе другаго, предпочтеніе отдается тому, по коему рѣшеніе состоялось ранѣе, l. 14 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 10 D. de rec. 15. 1, l. 3 § 10 l. 4 D. de in rem verso 15. 3.

[6]) Поэтому, напримѣръ, противоправно, если имѣющій право на пастбище станетъ выгонять на него столько скота, что этимъ стѣснится осуществленіе ранѣе установленнаго права на пастбище.

[7]) Именно при конкурсѣ, насколько при немъ не получаютъ предпочтенія, вещныя права предъ личными и привилегированныя требованія.

[8]) L. 5 D. fam. erc. 10. 2, ср. l. 14 D. de iud. 5. 1, l. 24 § 17 D. de fideic. lib. 40. 5. L. 3 C. comm. de leg. 6. 43 не относится сюда; если нѣсколько отказопринимателей, кои должны выбрать какой нибудь предметъ, не могутъ согласиться между собою насчетъ выбора, то тутъ имѣется не коллизія правъ, но отпаденіе самого отказа вслѣдствіе неисполненія его условія; въ замѣнъ этого отпаденія Юстиніанъ ввелъ жребій.

[9]) „Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur“; l. 57 D. de R. I. 50. 17; ср. l. 43 § 1 eod., l. 41 § 1 D. de O. et A. 44. 7. Такъ, обокраденный собственникъ имѣетъ притязаніе на выдачу украденной вещи, возникающее: 1) на основаніи кражи, 2) на основаніи его права собственности, и 3) также на основаніи договорнаго отношенія, въ коемъ онъ состоитъ съ воромъ; но при этомъ онъ можетъ потребовать вещь не болѣе одного раза, l. 9 § 1 D. de furtis 47. 2, l. 45. 47 pr. D. pro socio 17. 2, l. 2 § 1 D. de tutelae 27. 3, l. 34 § 1. 2 D. de O. et A. 44. 7. Другія примѣненія въ: l. 13 D. de R. V. 6. 1, l. 36 § 2 D. de H. P. 5. 3, l. 18 l. 27 § 11 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 § 1 D. commod. 13. 6, l. 47 § 1 l. 50 D. pro socio 17. 2, l. 43 D. loc. 19. 2; l. 2 § 3 D. de priv. del. 47. 1, l. 14 § 13 D. quod. met. causa 4. 2; l. 35 § 1 D. loc. 19. 2, l. 38 § 1 D. pro socio 17. 2; l. 28 D. de A. E. V. 19. 1; l. 1 § 12 D. de dote prael. 33. 4. — Господствующее мнѣніе говоритъ здѣсь о прекращеніи „исковъ“ посредствомъ „стеченія“ (Concurrenz), хотя притомъ и допускаютъ, что то, что прекращается, есть не право на судебное преслѣдованіе притязанія, но само притязаніе, и что прекращеніе происходитъ не вслѣдствіе простаго стеченія двухъ притязаній (исковъ), но вслѣдствіе удовлетворенія одного изъ нихъ. Причина того, что говорятъ о прекращеніи исковъ вмѣсто прекращенія притязаній,

чаѣ, когда цѣль, которую они имѣютъ въ виду, одна и тоже [10]). Тожества обязаннаго субъекта при этомъ не требуется [11]).

Осуществленіе права обыкновенно допускаетъ представительство; но есть права, которыя не могутъ быть осуществляемы чрезъ представителя [12]). Когда представительство допускается, то осуществленіе права можетъ быть предоставлено другому и для его собственной пользы. Это возможно еще въ двоякомъ видѣ. Или

заключается и здѣсь въ словоупотребленіи римлянъ, обозначавшихъ притязаніе словомъ actio. Ср. Виндшейда die Actio и т. д. стр. 31 и сл. съ Кирульфомъ стр. 241—268, Савиньи V § 231—236, Вехтеромъ II § 67, Бринцомъ I § 40, Унгеромъ II § 117. Особое (маловажное) сочиненіе объ этомъ предметѣ Мартенсъ (Martens): über Concurrenz und Collision der röm. Civilklagen (1856).

[10]) Эта формула, противъ которой я высказался прежде (въ указанномъ въ предыдущемъ примѣчаніи мѣстѣ), изъ всѣхъ доселѣ предложенныхъ представляется все-таки самою удачною. Здѣсь имѣетъ значеніе не содержаніе даннаго опредѣленія воли, на которое направлено притязаніе, а цѣль, которую это опредѣленіе имѣетъ въ виду. Притязаніе на доставленіе индивидуально опредѣленной вещи, принадлежащее другому на основаніи купли, не устраняется чрезъ удовлетвореніе притязанія на доставленіе той же вещи на основаніи даренія, въ первомъ случаѣ доставленіе имѣетъ цѣлью дать ему эквивалентъ за уплаченную имъ или имѣющую быть уплаченною покупную сумму, во второмъ — сдѣлать безмездное предоставленіе. Наоборотъ притязаніе на выдачу владѣнія извѣстною вещью имѣетъ всегда одну цѣль, будетъ ли оно предъявлено на основаніи собственности или на основаніи какого-нибудь договорнаго отношенія, напримѣръ, договора поклажи; хотя въ первомъ случаѣ притязаніе главнымъ образомъ направлено на возстановленіе отношенія, соотвѣтствующаго праву собственности, а во второмъ — на исполненіе обѣщанія, тѣмъ не менѣе цѣль обоихъ доставленій состоитъ въ томъ именно, чтобы управомоченный владѣлъ вещью. Такъ затѣмъ притязанія на возмѣщеніе извѣстнаго ущерба имѣютъ одну и туже цѣль, будутъ ли они основываться на преступномъ свойствѣ наносящаго вредъ дѣянія или на договорномъ обязательствѣ. — Келлеръ (§ 83) стремится свести все къ тожеству обосновывающаго факта при множествѣ относящихся сюда юридическихъ точекъ зрѣнія; но примѣнимо ли это, напримѣръ, къ rei vindicatio и actio commodati? — По отношенію къ нѣсколькимъ притязаніямъ на взысканіе, возникающимъ изъ нарушающаго нѣсколько уголовныхъ законовъ дѣянія, представляется спеціальный вопросъ, простираются ли они на одно и тоже (взысканіе) или не на одно и тоже (взысканія), но объ этомъ вопросѣ см. II. § 326 прим. 8. 9.

[11]) L. 5 § 15 D. comm. 13. 6, l. 1 § 43 D. dep. 16. 3, l. 1 § 10 l. 2—4 D. de his qui eff. 9. 3, l. 14 § 15 D. quod met. c. 4. 2, l. 17 pr. D. de dolo 4. 3.

[12]) Слишкомъ обще говорится въ c. 68 de R. I. in VI° 5. 13. „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum“.

такъ, что управомоченный только обязанъ доступное ему самому осуществленіе права предоставить другому, или такъ, что другой имѣетъ собственное право на осуществленіе чужаго права, стало быть, можетъ осуществить его и противъ третьихъ лицъ. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ чужое право, безтѣлесная вещь, можетъ быть предметомъ извѣстнаго права точно также какъ, и чужая тѣлесная вещь [13]).

II. Правонарушеніе.

§ 122.

Право нарушено, когда ему не соотвѣтствуетъ фактическое состояніе противъ воли управомоченнаго; правонарушеніе совершаетъ тотъ, чрезъ котораго фактическое состояніе становится несоотвѣтственнымъ праву противъ воли управомоченнаго. Смотря потому, направлено ли право (притязаніе) на совершеніе или несовершеніе чего-нибудь (дѣяніе или упущеніе), и правонарушеніе состоитъ въ совершеніи или несовершеніи чего-нибудь [1]). Для правонарушенія не требуется, чтобы управомоченный особо обнаружилъ желаніе воспользоваться своимъ правомъ [2]).

---

[13]) Это отношеніе, которое не всегда надлежащимъ образомъ распознавалось или указывалось, имѣетъ мѣсто именно при отчужденіи узуфрукта и (по римскому праву) правъ требованія, а также при залогѣ безтѣлесныхъ вещей. См эти ученія (I § 205. 239, II § 329).

[1]) Примѣры: кто-либо отнимаетъ у собственника владѣніе его вещью; на земельномъ участкѣ, который обремененъ сервитутомъ, воспрещающимъ постройки, воздвигается зданіе; должникъ не удовлетворяетъ своего вѣрителя въ срокъ. § 122.

[2]) Но объявленіе со стороны управомоченнаго о желаніи воспользоваться своимъ правомъ требуется для правонарушенія лишь настолько, насколько этимъ объявленіемъ именно указывается, что существуетъ фактическое состояніе, не соотвѣтствующее его праву. Это бываетъ при притязаніяхъ (вещныхъ или обязательственныхъ), которыя направлены на какое-либо дѣйствіе лица обязаннаго безъ опредѣленія самаго времени этого дѣйствія. Возникающая отсюда неопредѣленность можетъ быть восполнена заявленіемъ управомоченнаго, что онъ именно теперь требуетъ совершенія дѣйствія; но до такого восполненія означенная неопредѣленность идетъ въ пользу обязаннаго, и до помянутаго заявленія несправедливо утверждать, будто обязанный поступаетъ не такъ, какъ отъ него требуетъ притязаніе, ибо послѣднее направлено на совершеніе чего-либо вообще, а не немедленно. Ср. о понятіи правонарушенія именно Унгера II § 108; а также Демеліуса Untersuchungen стр. 146 и сл. (противъ него Унгеръ в. п. с. прим. 11).

Правонарушеніе бываетъ длящееся или законченное [2a]). Если оно длящееся, то изъ него возникаетъ притязаніе на уничтоженіе нарушенія (т. е. нарушительнаго состоянія). Притязаніе это по своему практическому содержанію можетъ вполнѣ совпадать съ нарушительнымъ правомъ, но оно можетъ быть также и другаго свойства или шире нарушеннаго права [3]). Если правонарушеніе законченное, то изъ него можетъ возникнуть лишь притязаніе на уничтоженіе послѣдствій нарушенія, что въ свою очередь можетъ имѣть мѣсто только тогда, когда нарушеніе можно вмѣнить въ вину нарушителю [4]).

Если не послѣдуетъ уничтоженія правонарушенія или его послѣдствій, то пострадавшій не въ правѣ собственною властью доставить себѣ должное, а обязанъ обратиться съ жалобою къ государству и просить у него помощи. Однако право жаловаться [5]) предполагаетъ далѣе, что во время правонарушенія или послѣ него ясно обнаружилось сопротивленіе нарушителя волѣ управомоченнаго. Если этого нѣтъ и если нарушитель немедленно по предъявленіи иска выражаетъ готовность удовлетворить истца, то въ искѣ, какъ неосновательномъ, истцу отказывается и онъ присуждается къ уплатѣ издержекъ [6]).

[2a]) Владѣніе чужою вещью, неудовлетвореніе вѣрителя; уничтоженіе или поврежденіе чужой вещи.

[3]) Притязаніе вѣрителя къ должнику, не удовлетворившему его въ надлежащее время, направляется, если должникъ не просрочилъ, на тоже самое, на что направлено было право или притязаніе, существовавшее до неудовлетворенія; то-есть, на удовлетвореніе. Если же должникъ просрочилъ, то притязаніе направляется на удовлетвореніе и возмѣщеніе ущерба отъ слишкомъ поздняго удовлетворенія. Притязаніе собственника противъ того, кто задерживаетъ его вещь, направлено на нѣчто совершенно иное, чѣмъ то вещное право, изъ коего оно возникло; содержаніе этого послѣдняго состоитъ въ господствѣ надъ вещью, а содержаніе всякаго притязанія состоитъ въ требованіи противъ владѣльца о выдачи вещи и о соединенныхъ съ этимъ обязательныхъ дѣйствіяхъ.

[4]) Ср. съ этимъ Нейпера Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse стр. 162 и сл. Игерингъ das Schuldmoment im röm. Privatrecht стр. 4—8.

[5]) Исковое право въ этомъ смыслѣ есть право противъ государства. Но подъ исковымъ правомъ можно разумѣть и право противъ противника, право преслѣдовать искомъ то, что отъ него можно требовать. Ср. Виндшейда die Actio, Abwehr и т. д. § 11. 12.

[6]) Постановляемое, не смотря на то, рѣшеніе имѣетъ только значеніе декларація. Ср. Ветцеля Civilprocesz стр. 513 (2 изд.). Если римляне приписываютъ

Но государство доставляетъ юридическую защиту не на основаніи односторонней жалобы истца; оно выслушиваетъ прежде отвѣтчика. Если послѣдній утверждаетъ, что право находится на его сторонѣ, а не на сторонѣ истца, то за этимъ слѣдуетъ разбирательство. Результатъ, получаемый отъ такого разбирательства, облекается въ форму рѣшенія, и лишь въ томъ случаѣ, когда послѣднее постановлено въ пользу истца и когда отвѣтчикъ и тутъ сопротивляется, то противъ него постановляется о принужденіи, объ исполненіи [7]). — Органы, чрезъ которые государство осуществляетъ цѣль своей юридической помощи, суть суды; совокупность дѣйствій, необходимыхъ для достиженія этой цѣли, мы называемъ процессомъ. Процессъ долженъ двигаться по извѣстнымъ прави-

---

управомоченному „actio“ и безъ сопротивленія нарушителя, даже безъ правонарушенія, то это объясняется тѣмъ, что они обозначали словомъ actio юридически признанное притязаніе вообще, что у нихъ „судебное притязаніе“ означало тоже, что и „юридическое притязаніе“ (§ 44). Такъ какъ новѣйшіе писатели не обращаютъ на это надлежащаго вниманія, то они для нынѣшняго права допускаютъ конкретное право иска (въ противоположность абстрактному или эвентуальному; противъ этого понятія, но не убѣдительно Беккеръ Jahrb. d. gem. R. IV. 6), по крайней мѣрѣ, тотчасъ послѣ правонарушенія, а отчасти даже при неудовлетворенности права требованія, которая однако въ этомъ случаѣ отожествляется также съ правонарушеніемъ. Ср. о разнообразныхъ поэтому предмету воззрѣніяхъ: Гассе d. I. Rhein. Mus. VI стр. 1 и сл., Тона Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII стр. 36 и сл., Кирульфа I § 9. 11, Савиньи V § 205, 239, Синтениса I § 29. 31. Пухта § 81. 90 и Vorles., Вехтера II стр. 413. 807, Вангерова Arch f. civ. Pr. XXXIII стр. 295 и сл. и Pand. I § 147 прим., Бекинга § 131. a. Демеліуса Untersuch. № 2, Арндтса § 96. 107, Бринца I § 48, Унгера II § 113. 116, Нейнера (прим. 4) стр. 158 и сл. См. тоже выше § 44. Въ практическомъ отношеніи важно то, чтобы римскія начала объ actio были прилагаемы правильно, а здѣсь все зависитъ отъ того взгляда, что actio не предполагаетъ правонарушенія.

[7]) Судъ можетъ быть призванъ къ защитѣ и съ тою лишь цѣлью, чтобы установить какой-нибудь спорный между сторонами вопросъ. Нынѣ слово искъ употребляется и въ этомъ случаѣ, хотя здѣсь не требуется помощи противъ причиненнаго правонарушенія. Гораздо лучше подходитъ сюда римское выраженіе actio (actio praeiudicialis), насколько actio главнымъ образомъ означаетъ судебное преслѣдованіе вообще. — Особый родъ составляетъ еще обращеніе къ суду съ тою цѣлью, чтобъ онъ отмѣнилъ наступившія юридическія послѣдствія (in integrum restitutio, querela inofficiosi testamenti). Въ этомъ случаѣ нынѣ не всегда употребляется слово искъ; при возвращеніи въ пр. пол. говорятъ объ imploratio.

ламъ; здѣсь не мѣсто говорить объ этомъ. Но процессъ оказываетъ вліяніе и на матеріальное право; это-то вліяніе и относится сюда (§ 124—132). Въ области процесса существуетъ лишь одно ученіе, котораго въ силу ниже излагаемыхъ основаній нельзя вполнѣ обойдти здѣсь, это ученіе о доказательствѣ (§ 133).

Но прежде всего слѣдуетъ подробно сказать о запрещеніи самозащиты:

III. Запрещеніе самозащиты *).

§ 123.

Потерпѣвшій или полагающій, что онъ потерпѣлъ нарушеніе своего права, долженъ обращаться за помощью къ государству; онъ не въ правѣ прибѣгать къ самопомощи. Самозащита противорѣчитъ сущности государственнаго порядка; она подвергаетъ слабѣйшаго дѣйствію заблужденія и злой воли сильнѣйшаго. А потому она какъ таковая не дозволена [1]). Но въ то время какъ римское право признало это вообще [2]), а между прочимъ и косвеннымъ образомъ, прямо дозволивъ самооборону [3]), оно связывало вредныя послѣдствія не съ самозащитою какъ таковою, но съ главнѣйшими формами ея; впрочемъ нормированіе самозащиты какъ въ уголовномъ, такъ и въ гражданскомъ отношеніи оно предоставляетъ общимъ правиламъ о самовластіи, противозаконномъ принужденіи и насиліи [4]). Помянутыя вредныя послѣдствія суть слѣдующія [5]).

---

*) Линде Zeitschr f. Civ. u. Pr. I. 21. (1828). Бенфей. (Benfey) Rhein. Mus. VII. 1. (1835). Сарторіусъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. 1. (1845). Вехтеръ II. § 61, Унгеръ II § 111. Шварце RLex. X. стр. 125 и сл. (1856). J. Шмидтъ die Selbsthülfe im röm. Privatrecht (1868).

§ 123. [1]) Др. мнѣн. Бенфей в. п. с., Пухта Pand. § 80. и Vorles. Ср. тоже Бригледа (Briegleb) summar. Processe стр. 182 и сл. 370 и сл.

[2]) L. 9. C. sol. matr. 5. 18; ср. l. 176 pr. D. de R. I. 50. 17.

[3]) L. 1. § 4. l. 3. D. de I. et I. 1. 1, l. 4 pr. l. 29. § 1. l. 45. § 4. D. ad leg. Aq. 9. 2, l 1. § 27. 28. l. 3. § 9. l. 17. D. de vi 43. 16, l. 1. C. quando liceat. 3. 27, l. 1. C. unde vi 8. 4, c. 18 X. de homic. 5. 12. Ср. l. 29. § 3 l. 49. § 1. D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 § 4. D. quod vi 43. 24, l. 3 § 7. D de incend. 47. 9.

[4]) Interdictum unde vi, interdictum uti possidetis, interdictum quod vi aut clam, actio quod metus causa, crimen vis.

[5]) О нынѣшней примѣнимости этихъ взысканій см. Линде в. п. с. стр. 433

1) Вѣритель, который для удовлетворенія своего требованія отниметъ у своего должника противъ его воли и безъ судебнаго разрѣшенія какія бы то ни было вещи или принудитъ его къ выдачѣ ихъ, лишается своего права требованія [6]). Это положеніе распространено было на тотъ случай, когда вѣритель покушается присвоить себѣ право на вещи третьяго лица или на дѣтей его должника [7]). Право требованія совершенно уничтожается, не оставляя послѣ себя даже естественнаго обязательства [8]).

сл. и приведенныхъ тутъ, Зейфертъ § 36 прим. 6. Зейф. Arch. V. 248, IX. 138, XII. 4, XVI. 191; I. 121; X. 5

[6]) Положеніе это основано на одномъ рѣшеніи императора Марка Аврелія и потому извѣстно подъ именемъ decretum D. Marci. Въ источникахъ оно встрѣчается два раза, въ тѣсномъ и обширномъ смыслѣ (добавлено упоминаніе о принужденіи), l. 7. D. ad leg. Iul. de vi priv. 48. 7, l. 13. D. quod met. causa 4. 2, l. 12 § 2 eod. Подъ вещами должника слѣдуетъ разумѣть не только тѣ вещи, кои составляютъ его собственность, но всѣ тѣ, въ удержаніи которыхъ онъ имѣетъ интересъ, arg. l. 2 § 22. D. vi bon. rapt. 47. 8. Бенфей стр. 22—25. При отнятіи насилія не требуется. Зейф. Arch. V. 243, ср. X. 5. Будде и Шмидтъ Entscheid. des OAG zu Rostock VI. 31. № 1. Напротивъ того одного покушенія недостаточно. Зейф. Arch. XII. 4, XV. 97. Противъ распространенія на осуществленіе такихъ правъ, которыя не суть права требованія Зейф. Arch. XVI. 95. Ср. еще Будде и Шмидта в. п. м. № 7.

[7]) Nov. 52 c. 1, Nov. 134 c. 7.

[8]) Противное утверждаютъ Бенфей стр. 14, Сарторіусъ стр. 44, Шванертъ Naturalobligationen стр. 474 на основаніи l. 1. 19 pr. D. de cond. ind 12. 6. Конечно, здѣсь говорится лишь вообще: „Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet“. Но примѣненіе подобныхъ отвлеченныхъ положеній источниковъ къ случаямъ, для коихъ нѣтъ особой точки опоры, повидимому, крайне опасно (таковы, напримѣръ, положенія „errantis nulla voluntas est“ [§ 78 прим. 1a] и l. 7. 8. D. de I. et F. I. 22. 6. [§ 79 прим. 14]); авторъ помянутаго мѣста, безъ сомнѣнія, имѣлъ въ виду SC. Macedonianum. Ср. II § 289 прим. 22.—При обязательствахъ изъ двусторонихъ договоровъ возникаетъ особый вопросъ, въ правѣ ли должникъ, освободившійся отъ обязательства вслѣдствіе употребленной противъ него самозащиты, потребовать выполненія обязательства противною стороной (Вангеровъ I § 133 прим.), или нѣтъ (Бурхарди Arch. f. civ. Pr. XVIII. 16). Слѣдуетъ различать, была ли самозащита направлена на исполненіе за взаимное исполненіе (напримѣръ, на платежъ покупной цѣны при предложеніи предмета покупки, какъ въ приведенномъ у Бурхарди в. п. с. случаѣ), или на исполненіе просто (напр. на платежъ покупной цѣны). Въ первомъ случаѣ вѣритель утрачиваетъ только право на исполненіе за взаимное исполненіе, то-есть, должникъ хотя и освобождается отъ договора, но не въ правѣ требовать на его основаніи, не исполнивъ съ своей стороны; во второмъ случаѣ вѣритель просто

2) Равнымъ образомъ собственникъ, который свою находящуюся въ чужомъ владѣніи вещь отнимаетъ у владѣльца ея, по отношенію къ этому владѣльцу теряетъ свое право собственности на эту вещь. Если же отнимающій вовсе не собственникъ, то онъ подвергается штрафу въ размѣрѣ стоимости вещи [9]).

Самозащита дозволяется, когда безъ нея произошла бы невознаградимая утрата [10]), точно также какъ и по началамъ нѣмецкаго права, насколько допустимо право насильственнаго залога (т. н. Pfändungsrecht) [11]).

IV. Вліяніе процесса на матеріальныя правоотношенія *).

А. Начало процесса **).

§ 124.

Самое начало процесса оказываетъ уже немаловажное вліяніе

утрачиваетъ право на исполненіе, то-есть, должникъ не обязанъ исполнять на основаніи договора, а между тѣмъ онъ въ правѣ на его основаніи требовать, а слѣдовательно, удержать уже полученное. Хотя это различіе не сдѣлано въ l. 50. D. de A. E. V. 19 1; но остается и не доказаннымъ, будто это мѣсто имѣетъ какое-бы то ни было соотношеніе къ взысканію за самозащиту. Ср. Келлера Jahrb. d. gem. R. IV стр. 355; тоже II § 321 прим. 16.

[9]) Это постановленіе основано на одномъ законѣ 389 года, l. 7. D unde vi 8. 4. Ср. § 1. I. vi bon. rapt. 4. 2, § 6 I. de interd. 15; c. 18. de praeb. in VI° 3. 4, K. G. O. 1521 г. тит. 32. § 2, R. A. 1532 тит. 3. § 15. Зейф. Arch. IX. 158. — Къ случаю отнятія чужой вещи приравнивается случай, когда тотъ, кому она отдана въ наймы или praecario, отказывается возвратить ее, l. 10. C. unde vi 8. 4, l. 34. c. de loc. 4. 65. Ср. II. § 263 прим. 10.

[10]) L. 10. § 16. D. quae in fraud. cred. 42. 8.

[11]) Нѣмецкое правосознаніе издавна гораздо менѣе противилось защитѣ, чѣмъ римское; помянутое Pfändungsrecht есть послѣдній остатокъ этого направленія. См. die Lehrbücher des deutschen Privatrechts Безелера § 55, Гербера § 68—71, Блунчли (Bluntschli) § 102. 103; но теперь также и Мейбома (Meibom) das deutsche Pfandrecht (1867) стр. 190 и сл. Штоббе (Stobbe) krit. VISchr. X стр. 287—290.

*) Келлеръ über Litiscontestation und Urtheil nach klassischem römischen Recht (1827). Вехтеръ II § 71—73 и Erörterungen 3. Heft (1846). Бухка die Lehre vom Einflusz des Processes auf das materielle Rechtsverhältnisz. 2 т. (1846—1847). Савиньи System томъ VI (1846—1847).

**) Кромѣ приведенныхъ писателей ср. Келлера röm. Civilprocesz § 59—62, Рудорфа röm. RGesch. II § 71. 79. 80, Бетмана—Гольвега röm. Civil-

на матеріальное правоотношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ. Это вліяніе обнаруживается главнѣйшимъ образомъ въ усиленіи искового притязанія. Объ этомъ мы скажемъ въ настоящемъ §, а о другихъ гражданскихъ вліяніяхъ начала процесса въ слѣдующемъ §.

Усиленіе искового притязанія проявляется въ двоякомъ направленіи. Во-первыхъ, съ началомъ процесса притязаніе становится способнымъ противостоять тѣмъ вліяніямъ, коимъ оно подчинилось бы въ противномъ случаѣ; во-вторыхъ, увеличивается самый объемъ притязанія. Впрочемъ, въ томъ и другомъ направленіи усиленіе притязанія не безусловно, то-есть, усиленіе это имѣетъ мѣсто лишь по отношенію къ этому процессу и къ состоявшемуся въ немъ присужденію; если же въ этомъ процессѣ не дойдетъ до присужденія, то это притязаніе, въ случаѣ новаго процесса, имѣетъ силу, какъ еслибы прежняго процесса вовсе не было [1]).

---

procesz II 1 102—104. III § 153; Кирульфа стр. 270—284, Вангерова I § 159. 160, Сиптениса I § 33, Унгера II § 127. 128; Ветцелля Civilprocesz § 14; Виндшейда die Actio и т. д. § 8. 9.

[1]) Въ этомъ случаѣ повидимому весьма справедливо, когда говорятъ, что съ § 124.
началомъ процесса исковое притязаніе превращается въ притязаніе на обвиненіе (condemnatio), для котораго имѣютъ силу и особыя правила. Но противъ этого можно напомнить о слѣдующихъ двухъ обстоятельствахъ. 1) Подъ притязаніемъ на condemnatio можно конечно разумѣть не что иное, какъ притязаніе, имѣющее цѣлью condemnatio; но такое притязаніе истецъ имѣетъ не противъ отвѣтчика, но противъ судьи, и вотъ примѣсь этого публично-правоваго, а не частнаго понятія производитъ путаницу. Но 2) и помимо этого слѣдуетъ во всякомъ случаѣ отвергнуть то представленіе, будто condemnatio отвѣтчика, когда она имѣетъ мѣсто, происходитъ не на основаніи первоначальнаго притязанія, а на основаніи вновь возникшаго съ началомъ процесса притязанія; отвѣтчикъ осуждается, потому что предъявленное истцомъ въ процессѣ притязаніе основательно, а не потому, что для отвѣтчика будтобы возникаетъ чрезъ процессъ особая обязанность подвергнуть себя осужденію. Такимъ образомъ, если и допустить превращеніе, то подъ нимъ прійдется разумѣть лишь такое превращеніе, которое просто измѣняетъ прежнее отношеніе, не касаясь его существа, а не такое, въ которомъ прежнее замѣняется новымъ.—Въ классическомъ римскомъ правѣ идея превращенія въ отвергнутомъ здѣсь смыслѣ была еще болѣе уясняема слѣдующимъ обстоятельствомъ. По классическому римскому праву одно притязаніе не могло быть дважды предметомъ процесса: de eadem re ne bis sit actio (Беккеръ processualische Consumption § 3. 4, Крюгеръ processualische Consumption § 1, Рудорфъ röm. RGesch. II § 78 прим. 1). Если оно предъявлялось

Усиленіе искового притязанія, о коемъ здѣсь идетъ рѣчь, основано главнѣйшимъ образомъ на слѣдующемъ соображеніи. Истецъ, коего притязаніе обосновано, можетъ собственно требовать, чтобъ ему немедленно было оказано содѣйствіе къ удовлетворенію онаго. Но это невозможно въ виду возраженія отвѣтчика, такъ какъ въ этомъ случаѣ необходимы разбирательство и судебная повѣрка, для чего требуется время и нерѣдко продол-

---

во вторичномъ процессѣ, то отвѣтчикъ, какова бы ни была судьба перваго процесса, могъ защищаться въ однихъ случаяхъ простымъ отрицаніемъ существованія притязанія, а въ другихъ возраженіемъ (exceptio rei [in iudicium deductae) (Gai. III. 180. 181. IV. 106—108). Такимъ образомъ кто возбудилъ процессъ по поводу какого-нибудь притязанія, тотъ вполнѣ несомнѣнно получалъ лишь то, что ему было присуждено въ этомъ процессѣ, во всѣхъ же остальныхъ отношеніяхъ онъ утрачивалъ притязаніе; онъ обладалъ еще притязаніемъ только во время этого процесса, а никакъ не послѣ него. Отсюда легко было сдѣлать шагъ къ слѣдующему положенію: онъ совершенно утрачиваетъ старое притязаніе, а вмѣсто него получаетъ только процессъ, iudicium, то-есть данное судьѣ (iudex) повелѣніе о condemnatio, и такимъ образомъ мы видимъ, что и въ римскомъ правѣ дѣйствительно появляется представленіе о novatio (обновленія). Конечно, только представленіе; выводовъ изъ него не было сдѣлано. Ср. Gai. III. 180, l. 29 D. de nov. 46. 2; тоже l. 2. § 8. D. de H. v. A. V. 18. 4, Vat. fr. 263. Если источники усматриваютъ въ возникновеніи процесса даже извѣстное „contrahere“ (l. 3 § 11. D. de rec. 15. 1, l. 22. D. de tutelae 27. 2), то нужно только вспомнить, въ какомъ обширномъ и неопредѣленномъ смыслѣ они употребляютъ это выраженіе (ср. l. 20 D. de iud. 5. 1, l. 1. D. de rel. 11. 7, l. 3 § 3 l. 4. D. quib. ex caus. 42. 4, l. 13 § 3. C. de iud. 3. 1, l. 41. D. de admin. 26. 7. [„dolo contraxit!“]. Сказанное здѣсь подробнѣе развивается въ моемъ сочиненіи объ Actio п. т. д. § 8. Господствующее воззрѣніе относится къ обозначенной идеѣ новаціи болѣе или менѣе серіозно. Кромѣ выше приведенныхъ писателей, см. Беккера и Крюгера über die processualische Consumtion: Келлера Litiscontest. § 8—14, Вехтера Erörter. III стр. 3 и сл., Бухка в. п. с. § 1—7, Савиньи § 258. Какъ бы то ни было поглощающее дѣйствіе начала процесса въ юстиніановомъ правѣ не имѣетъ мѣста, хотя въ компиляціи еще не всѣ слѣды его уничтожены. Савиньи VI стр. 25, Вехтеръ Erörterungen III стр. 35 и сл., мое сочиненіе объ Actio п. т. д. стр. 65. 66, Крюгеръ в. п. с. стр. 202 и сл., Синтенисъ I § 33 прим. 6. Но и это еще не безспорно, Беккеръ в. п. с. стр. 11 и сл., Бухка в. п. с. II стр. 1 и сл., Ветцель Civilprocesz § 14, Виндшгъ (Wieding) der Iustinianische Libellprocesz стр. 394 и сл.; тоже Кирульфа стр. 274 и сл. Мутеръ krit. VJSchr. IX стр. 330—339. Еще и нынѣ дѣйствующее т. н. exceptio litis pendentis имѣетъ совершенно иной смыслъ, чѣмъ exceptio rei in iudicium deductae; оно имѣетъ ту силу, что одно и тоже притязаніе не можетъ быть преслѣдуемо въ одно и тоже время въ двухъ процессахъ.

жительное. Долженъ ли истецъ терпѣть отъ этого ущербъ? Это очевидно было бы несправедливо, и потому будетъ правильно, чтобъ отвѣтчикъ, если дѣло дойдетъ до рѣшенія, присуждался къ возвращенію истцу всего того, что онъ получилъ бы, еслибы былъ удовлетворенъ немедленно при самомъ началѣ процесса. Римское право дѣйствительно прямо выражаетъ это положеніе [2]), но оно далеко не проводитъ его безусловно. И въ самомъ дѣлѣ, проводить его безусловно, значило бы оказать отвѣтчику ту же несправедливость, отъ которой ограждается истецъ. Если справедливо, что истецъ не долженъ терпѣть ущерба отъ того, что онъ вынужденъ вести процессъ, то развѣ справедливо будетъ заставлять отвѣтчика нести убытки отъ того только, что онъ защищается противъ притязанія, которое онъ считаетъ неосновательнымъ? Это приводитъ къ слѣдующему средству примиренія интересовъ. Отвѣтчикъ отвѣчаетъ за все то, что истецъ получилъ бы при немедленномъ удовлетвореніи, только тогда, 1) когда безъ этого онъ получилъ бы какую-нибудь выгоду единственно отъ продолженія процесса [3]) 2) когда ему можно вмѣнить какую-нибудь вину. Относительно послѣдняго нужно однако замѣтить, что именно процессомъ можетъ быть обусловлена такая вина, которой бы вовсе не было безъ процесса. Это можетъ произойдти двоякимъ образомъ. a) Отвѣтчикъ, убѣжденный въ своей неправотѣ и все-таки ведущій процессъ, виновенъ уже въ томъ, что онъ вообще ведетъ процессъ [4]). b) Отвѣтчикъ, хотя и убѣжденный въ своей правотѣ, долженъ однако по начатіи процесса сознать, по крайней мѣрѣ, то, что онъ можетъ проиграть процессъ, не взирая на свое добросовѣстное убѣжденіе; а потому онъ не въ правѣ уже обращаться съ пред.

---

[2]) Короче это выражается такъ: истцу должна быть доставлена causa rei. См. § 3. I. de off. iud. 4. 17, l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 17 § 1. l. 20 D. de R. V. 6. 1, l. 31 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 91 § 7 D. de leg. I° 30, l. 35. 75 D. de V. S. 50. 16.

[3]) L. 17 § 1 D. de R. V. 6. 1:—„lucrum enim ex eo homine, qui lite esse coeperit, facere non debet“. L. 35 § 1 eod.

[4]) Онъ находится въ просрочкѣ (по своей винѣ) и потому по правиламъ о просрочкѣ долженъ вознаградить истца за ущербъ. „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere“, l. 82 § 1 D. de V. O. 45. 1. Это одинаково прилагается какъ къ вещнымъ, такъ и къ личнымъ притязаніямъ. Ср. Виндшейда Heid. krit. Zeitschr. III. стр. 259.

метомъ процесса, который можетъ быть отсужденъ отъ него, какъ съ своимъ собственнымъ, онъ не въ правѣ уже распоряжаться имъ или нерадѣть о немъ, онъ отвѣчаетъ за него какъ за чужую вещь [5]).

Изъ этихъ началъ вытекаютъ слѣдующія частныя правила.

1) По начатіи процесса исковое притязаніе простирается и на плоды, съ этого времени извлеченные отвѣтчикомъ изъ спорнаго предмета. Безусловно оно простирается на тѣ плоды, которые еще находятся у отвѣчика на лицо во время рѣшенія. Что касается тѣхъ плодовъ, которыхъ у него въ это время уже нѣтъ, то должно дѣлать различіе между недобросовѣстнымъ и добросовѣстнымъ отвѣтчикомъ. Первый отвѣчаетъ за плоды, которыхъ у него уже нѣтъ, если-бы истецъ, въ случаѣ удовлетворенія его безъ процесса, имѣлъ бы теперь эти плоды или ихъ стоимость; добросовѣстный же отвѣчаетъ за плоды которыхъ у него уже нѣтъ лишь тогда, когда ихъ не окажется у него вслѣдствіе его умысла или нерадѣнія. За несобранные плоды недобросовѣстный отвѣтчикъ отвѣчаетъ въ томъ случаѣ, когда ихъ могъ бы собрать истецъ при надлежащемъ стараніи, а добросовѣстный, когда онъ самъ могъ бы это сдѣлать при томъ же условіи [6]). Къ плодамъ приравниваются и всякое иное приращеніе вещи [7]).

---

[5]) Теперь всѣми признано, что если источники прямо говорятъ, что начало процесса превращаетъ добросовѣстное сознаніе отвѣтчика въ недобросовѣстное (l. 20 § 11 l. 25 § 7 l. 31 § 3 D. de H. P. 5. 3, l. 2 C. de fructib. 7. 51, ср. однако объ этомъ послѣднемъ мѣстѣ Савиньи VI § 264. h.), то этимъ во всякомъ случаѣ сказано слишкомъ много. Быть-можетъ, это сказано и не въ общемъ смыслѣ, но спеціально относится къ одному устарѣвшему правоотношенію (improba usucapio pro herede). Ср. именно Савиньи VI стр. 84 и сл. Правильное обозначеніе этого отношенія встрѣчается въ l. 10 C. de poss. 7. 32: — „ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet“.

[6]) Мѣста, въ коихъ рѣчь идетъ объ отвѣтственности отвѣтчика за плоды, отчасти говорятъ лишь въ самыхъ общихъ выраженіяхъ, что плоды или собранные плоды должны быть выданы, такъ § 2 in. I. de off. iud. 4 17, l. 17 § 1 l. 20 l. 35 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 9 § 6 7 D. ad exh. 10. 4, l. 5 § 5 D. si ususfr. 7. 6, l. 16 § 4 D. de pign. 20. 1, l. 2 l. 38 § 7 D. de usur. 22. 1. Тѣ мѣста, въ коихъ содержатся болѣе точныя опредѣленія, каковы § 2 I. de off. iud. 4. 17, l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 33. 62 D. de R. V. 6. 1, l. 4 § 2 D. fin. reg. 10. 1, l. 19 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 1 § 1 C. de P. H. 3. 31, l. 5. 22 C. de R. V. 3. 32, l. 2 C. de fruct. 7. 51, ничего не говорятъ о томъ, чтобы

2) Подобнымъ же образомъ какъ по отношенію къ плодамъ и приращенію, слѣдуетъ различать случаи, когда предметъ спора во время рѣшенія совершенно не находится болѣе въ рукахъ отвѣтчика или окажется у него въ поврежденномъ состояніи, и вообще, когда во время рѣшенія отвѣтчику уже невозможно вполнѣ или отчасти исполнить обязательное для него дѣйствія. Добросовѣстный отвѣтчикъ обязанъ къ возмѣщенію ущерба, если эта невозможность вызвана его намѣреніемъ или нерадѣніемъ [8]), недобросовѣстный отвѣчаетъ и за случай, когда онъ не въ состояніи доказать, что и при своевременномъ удовлетвореніи въ рукахъ ис-

---

недобросовѣстный владѣлецъ отвѣчалъ и за плоды, утраченные случайно, а всякій владѣлецъ за плоды, утраченные по его нерадѣнію. Но все, что въ этомъ отношеніи имѣетъ силу для главной вещи (прим. 8. 9), должно быть прямо перенесено и на приращенія ея. Что касается означенной въ текстѣ отвѣтственности недобросовѣстнаго владѣльца за упущенные плоды (не только за несобранные, какъ говоритъ Геймбахъ Lehre von der Frucht стр. 171 и сл., но и за неродившіеся, ср. Вехтера Erörter. I стр. 64—68, Шмида Handbuch des gem. bürg. R. I. § 15 прим. 108, Вангерова I § 333 прим. № II. 1.b, Франке Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione стр. 282. 283), то она составляетъ непосредственный выводъ изъ того положенія, что просрочка обязываетъ къ вознагражденію полнаго ущерба, выводъ, прямо признанный въ l. 62 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 39 § 1 D. de leg. I° 30, ср. l. 4 C. unde vi 8. 4. Правда, въ другихъ мѣсахъ говорится также и о недобросовѣстномъ владѣльцѣ, что онъ отвѣчаетъ за тѣ плоды, которые онъ долженъ бы извлечь, а не за тѣ, которые истецъ могъ бы извлечь (l. 5 C. de R. V. 3. 32, § 2 I. de off. iud. 4. 17, ср. l. 1 C. Th. de fruct. 4. 18); но очевидно, что здѣсь болѣе тѣсное опредѣленіе должно быть замѣнено болѣе пространнымъ, а не наоборотъ. Др. мнѣнія именно Савиньи VI стр. 113 и сл; литературныя указанія у Вангерова I § 333 прим. № II. 1.c., у Унгера I § 56 прим. 27, сюда слѣдуетъ присоединить Момзена Мога стр. 230—233, Франке в. п. с. стр. 283 и сл. — Къ плодамъ относятся также проценты (§ 144 прим. 4. 5), а потому отвѣтчикъ отвѣчаетъ и за нихъ, даже когда онъ не просрочиваетъ, насколько пріобрѣтеніе ихъ могло быть потребовано отъ него (l. 34 D. de usur. 22. 1, l. 1 § 1 C. de P. H. 3. 31, l. 20 § 11 D. de H. P. 5. 3, l. 2 C. de us. et fruct. 6. 47). Это несправедливо оспаривается нѣкоторыми (Вехтеръ Erört. II стр. 54. III стр. 24. 106, Ветцель Civilpr. I § 14. прим. 72). Ср. Савиньи VI § 268—271 (объ l. 62 pr. D. de R. V. тамъ же стр. 151—154). Зейф. Arch. II. 148, III. 17, V. 19. 261. 284, VII. 291, VIII. 116, XIV. 275 (всѣ за процессуальные проценты). Ср. тоже III § 612 прим. 25.

[7]) L. 27 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 17 § 1 l. 20. 34 D. de R. V. 6. 1, l. 5 § 5 D. si ususfr. 7. 6, l. 9 § 7 D. ad exh. 10. 4.

[8]) L. 21 l. 33 l. 36 § 1 l. 51 D. de R. V. 6. 1.

тца теперь не оказалось бы ни самого спорнаго предмета, ни стоимости его [9]). Тѣхъ же началъ слѣдуетъ держаться въ томъ случаѣ, когда во время процесса наступило уменьшеніе цѣны предмета. Такъ какъ отвѣтчикъ невиновенъ въ этомъ уменьшеніи, то онъ отвѣчаетъ за него лишь въ случаѣ недобросовѣстности, развѣ бы онъ могъ доказать, что истецъ не избѣжалъ бы этого упадка цѣны даже при своевременномъ удовлетвореніи его, то-есть, если бы вещь оставалась въ его обладаніи до этого времени [10]).

3) Обязательственныя притязанія, равно какъ и отвѣтственность по нимъ съ начатіемъ процесса переходятъ на наслѣдниковъ [11]).

4) Въ древнемъ римскомъ правѣ существовало еще одно относящееся сюда положеніе, именно то, что начало процесса ограждаетъ притязаніе противъ дѣйствія давности, имѣющей истечь въ послѣдствіи [12]). По юстиніанову праву возбужденіе процесса прерываетъ всякую давность, [13]) то-есть, процессъ не ограждаетъ отъ вредныхъ послѣдствій истекшей давности, но препятствуетъ начавшейся давности окончиться [14]).

§ 125.

Обозначенное въ предыдущемъ § усиленіе притязанія истца

---

[9]) L. 15 § 3 l. 16 pr. l. 17 § 1 l. 62 pr. D. de R. V. 6. 1, l. 20 § 21 l. 40 pr. D. de H. P. 5. 3, l. 14 § 11 D. quod met. causa 4. 2. О случаѣ недобросовѣстности отвѣтчика, хотя и не прямо, говорятъ также l. 12 § 4 D. ad exh. 10. 4, l. 12 § 3 l. 14 § 1 D. dep. 16. 3. Однако мнѣнія тутъ очень расходятся. См. подробнѣе объ этомъ въ ученіи о просрочкѣ (II § 280 № 2).

[10]) См. II § 280 № 3.

[11]) § 1 I de perp. et temp. act. 4. 12, l. 8 § 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, l. 26 l. 58 D. de O. et A. 44. 7, l. 29 D. de nov. 46. 2, l. 87 l. 139 pr. l. 164 D. de R. I. 50. 17, l. 1 C. de her. tut. 4. 53. Зейф. Arch. XIX. 111.

[12]) L. 9 § 3 D. de iurei. 12. 2, l. 8 § 1 D. de fidei. et nom. 27. 7, l. 139 pr. D. de R. I. 50. 17; § 3 I. de off. iud. 4. 17, l. 18 l. 26 l. 21 D. de R. V. 6. 1, l. 35 D. de V. S. 50. 16; l. 8 § 4 D. si serv. 8. 5.

[13]) Это признано относительно давности притязанія (§ 108 прим. 4); но оно должно быть допущено и относительно остальныхъ видовъ давности, хотя здѣсь то весьма спорно. См. § 180 прим. 7, § 213 прим. 4, § 216 прим. 12.

[14]) Эта противоположность не есть только формальная, но сопряжена съ важнымъ практическимъ послѣдствіемъ. Отъ вліянія исполнившейся давности процессъ ограждалъ притязаніе только по отношенію къ рѣшенію, послѣдовавшему въ этомъ процессѣ; перерывъ давности заключающійся въ этомъ рѣшеніи, дѣйствуетъ навсегда. Ср. l. 1 C. de praescr. l. t. 7. 33.

не составляетъ еще единственнаго послѣдствія, оказываемаго началомъ процесса на матеріальное правоотношеніе [1]).

1. [2]) По начатіи процесса нельзя уже отчуждать ни самого спорнаго предмета, ни возбужденнаго по отношенію къ нему притязанія [3]); но касательно спорнаго предмета это положеніе имѣетъ силу только тогда, когда предъявленное на этотъ предметъ притязаніе есть притязаніе о собственности или о раздѣлѣ [4]). Если же отчужденіе все-таки послѣдуетъ, то отвѣтчику нѣтъ надобности вступать въ споръ съ новымъ пріобрѣтателемъ [5]). Самъ истецъ

§ 125.

[1]) Кромѣ упоминаемаго въ нижеслѣдующемъ обыкновенно приволятъ еще какъ послѣдствіе начала процесса обязательство того, qui liti se obtulit (l. 45 D. de H. P. 5. 3, l. 25—27 pr. D. de R. V. 6. 1). Само по себѣ это, разумѣется, вѣрно; но посредствомъ процесса здѣсь видоизмѣняется не существующее между сторонами правоотношеніе, но между ними установляется новое правоотношеніе.

[2]) Ср. для послѣдующаго изложенія: Мюленбруха Cession § 29. 31 (3 изд. 1836). Бахофенъ ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts № 2 (1848). Штриппельманъ (Strippelmann) Entscheidungen des OAG. zu Cassel V. стр. 418—441 (1848). Бринкманъ (Brinckmann) Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität (1849). Циммерманъ Arch. f. prakt. RW. I Heft 2 стр. 3 и сл. (1852). Его-же Arch. f. civ. Pr. XXXV. 13. XXXVI. 3 (1852. 1853). Гартеръ (Hartter) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 14 (1855). Эйгенбродтъ (Eigenbrodt) Arch. f. prakt. RW. VII стр. 193—210 (1860). Цаунъ тамъ же VIII стр. 281—297 (1869). Франке Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione стр. 30—62 (1864). Синтенисъ I стр. 328—332, Вангеровъ I § 160 прим. № 5, Ветцель Civilproc. § 6 прим. 7 и сл. § 14 прим. 77 и сл.

[3]) Древнее римское право запрещало только отчужденіе предмета процесса, и то (за исключеніемъ случая иска о раздѣлѣ, см. слѣдующее примѣчаніе) только невладѣющему истцу (Gai. IV. 117, fr. de iure fisci § 8, ср. l. 1 § 2 D. quae res pign. 20. 3). Неотчуждаемость состоящаго въ спорѣ притязанія признано за правило только съ Юстиніана (l. 4 C. de litig. 8. 37, ср. однако l. 3 eod.; но l. 4 cit. исправлено l. 2 eod., ср. l. 1 C. Th. eod. 4. 5). Равнымъ образомъ съ этого же времени установлено (общее) запрещеніе владѣющему отвѣтчику отчуждать предметъ процесса (l. 4 C. cit.). Ср. относительно исторіи этого ученія именно Бахофена, Циммермана, Вангерова в. п. сс.

[4]) Nov. 112 c. 1; l. 9 D. fin. reg. 10. 1, l. 13. 25 § 6 D. fam. erc. 10. 2, l. 1 C. comm. div. 3. 37, l. 3 C. de comm. reb. al. 4. 52. Требуемое многими распространеніе этого запрещенія на другіе случаи спора (Циммерманъ Arch. f. civ. Pr. XXXVI стр. 59 подводитъ сюда всѣ вещные и владѣльческіе иски, см. тоже Синтенисъ в. п. с. прим. 11, Вехтера II § 71 прим. 31), является не достаточно подтвержденнымъ. Зейф. Arch. I. 201; ср. еще III. 23.

[5]) Т. н. exceptio litigiosi. Gai. IV. 117, l. 1 § 2 D. quae res pign. 20. 3,

въ правѣ потребовать, чтобы отчужденный предметъ возвращенъ былъ отвѣтчику [6]), мало того, онъ имѣетъ право требовать, чтобы рѣшеніе, постановленное противъ отчуждателя, было примѣнено противъ новаго пріобрѣтателя, какъ еслибы оно было постановлено прямо противъ послѣдняго [7]). За то пріобрѣтатель, если онъ пріобрѣлъ добросовѣстно, имѣетъ право потребовать отъ отчуждателя въ видѣ штрафа третью часть покупной цѣны, слѣдовательно, стоимости отчужденнаго предмета [8]). Запрещеніе отчуждать продолжается до тѣхъ поръ, пока продолжается процессъ, стало-быть, оно прекращается, лишь только процессъ останавливается. При извѣстныхъ отчужденіяхъ оно совершенно отпадаетъ [9]).

2. Возбужденіемъ процесса прерывается давность; по возбужденіи процесса перестаетъ существовать то состояніе, на непрерывномъ продолженіи коего основана давность [10]).

---

l. 1 § 1 D. de litig. 44. 6, l. 2. C. eod. 8. 37. Какъ бы то ни было отчужденіе, произведенное истцомъ, не ничтожно (ср. прим. 6).

[6]) Такъ понимаютъ слово „redhibere“ въ l. 4 C. de litig. 8. 37, хотя это мѣсто допускаетъ и то объясненіе, что вещь должна быть выдана побѣдившему истцу. Это объясненіе даже правильнѣе при слѣдующемъ „irrita rei alienatione facta“: „когда отчужденіе становится юридически непрочнымъ вслѣдствіе оспариваемой истцомъ побѣды“. Но каноническое право и практика отнесли сюдаже и правило: ut lite pendente nihil innovetur, ср. c. 3. 4 X. ut lite pendente 2. 16, c. 10 X. de constit. 1. 2. Эйгенбродтъ стр. 200, Ветцель прим. 80 и сл. Возможность судебнаго секвестра: Ветцель прим. 84.

[7]) Такъ или на основаніи уже римскаго права (прим. 5), или во всякомъ случаѣ на основаніи установившейся практики. См. Циммермана XXXVI стр. 54 и сл., Ветцеля Civilproc. § 47 прим. 112.—Нерѣдко утверждали, что отчужденіе ничтожно, но доказать этого нельзя (ср. прим. 5). См. Вехтера § 71 прим. 33, Цауна стр. 282, Франке стр. 51.

[8]) L. 4 C. de litig. 8. 37. Это мѣсто грозитъ сверхъ того отчуждающему и недобросовѣстному пріобрѣтателю фискальнымъ денежнымъ штрафомъ. Господствующее мнѣніе считаетъ это гражданское взысканіе столь же непримѣнимымъ въ настоящее время, какъ и уголовное наказаніе. См. противъ этого во II § 326.

[9]) По существу самого дѣла при юридически необходимыхъ отчужденіяхъ, кромѣ того при отчужденіяхъ для брачнаго приданаго, при полюбовныхъ сдѣлкахъ, раздѣлахъ наслѣдства (ср. Зейф. Arch. III. 22) и отказахъ. L. 4 C. h. t., Nov. 112 c. 1.—Неосновательно мнѣніе, что это римское запрещеніе нынѣ совершенно непримѣнимо. Ср. Вангерова в. п. с. № 7 въ к., Вехтера стр. 534. 535. Зейф. Arch. III. 21, V. 10, XI. 135, XII. 89. XIV. 251, XV. 217.

[10]) Притязаніе перестаетъ уже быть неосуществленнымъ, владѣніе—ненарушеннымъ и т. д. Ср. § 124 прим. 13 и 14 и приведенныя тамъ цитаты.

3. Если истецъ имѣетъ право выбора между двумя различными притязаніями или двумя различными предметами одного и того же притязанія, то онъ уже не въ правѣ, буде онъ началъ процессъ объ одномъ изъ нихъ, возбуждать искъ о другомъ [11]). Равнымъ образомъ начало процесса имѣетъ рѣшительное значеніе, когда право выбора принадлежитъ различнымъ лицамъ, такъ что изъ нѣсколькихъ притязаній одинъ можетъ воспользоваться однимъ притязаніемъ, другой другимъ, или когда нѣсколько лицъ касательно какого-нибудь притязанія находятся между собою въ исключительномъ отношеніи, такъ что притязаніе это можетъ быть возбуждено только однимъ изъ нихъ; въ обоихъ случаяхъ преимущество отдается тому, кто первый началъ процессъ [12]). Если процессъ не продолжается, то разъ постановленное рѣшеніе остается безповоротнымъ.

§ 126.

По отношенію къ послѣдствіямъ начала процесса, обозначеннымъ въ двухъ предыдущихъ §§, остается еще отвѣтить на вопросъ, когда можно сказать, что процессъ начался. Сами по себѣ возможны здѣсь три момента времени: 1) моментъ предъявленія иска въ судъ; 2) моментъ сообщенія этого иска отвѣтчику, мо-

---

[11]) L. 112 pr. D. de V. O. 45. 1, 1. ult. C. de cod. 6. 36. Можетъ случиться, что его право выбора уже ранѣе устранено, напр. l. 4 § 2 D. de lege comm. 18. 3. Гартманъ Arch. f. civ. Pr. L. стр. 120 и сл.

[12]) О первомъ изъ названныхъ случаевъ говорится въ l. 33 D. de leg. I° 30, о второмъ въ l. 11 § 21 D. de leg. III° 32; далѣе сюда относится случай активнаго корреальнаго обязательства.—Наоборотъ начало процесса не касается принадлежащаго отвѣтчику права выбора, даже когда должникъ просрочилъ, какъ это ошибочно принималось по поводу l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13. 4. Вехтеръ Erört. III стр. 117 прим. 64, Момзенъ Beitr. zum Obligationenrecht III стр. 259 и сл., Вангеровъ III стр. 21. 22. Иначе однако въ томъ случаѣ, когда обязательство направлено не на то или другое, но на что-либо одно, съ тѣмъ, что должникъ въ правѣ уклониться отъ исполненія своего обязательства, доставивъ что-либо другое тому же или другому лицу (т. н. facultas alternativa); это управомочіе онъ теряетъ съ начатіемъ процесса. L. 21 § 12 l. 22 D. de rec. 4. 8, l. 1 D. de penu leg. 33. 9, l. 9 D. de V. O. 45. 1, l. 57 D. de sol. 46. 3, l. 16 pr. D. de fidei 46. 1 (l. 6 § 1 D. de re iud. 42. 1, l. 20 § 5 D. de H. P. 5. 3 содержатъ въ себѣ особенность относительно притязаній объ ущербѣ). Ремеръ (Römer) Leist. an Zahlungstatt. стр. 69 и сл.; др. мнѣн. Вехтеръ в. п. с. прим. 64 въ к., Момзенъ в. п. с. стр. 262. 263. Ср. обо всемъ этомъ ученіи Вехтера Erörterungen III стр. 115—119.

ментъ вызова; 3) моментъ, когда вслѣдствіе отвѣта противъ исковаго притязанія становится несомнѣннымъ, что необходимо дальнѣйшее разбирательство, это моментъ начала сопора. Первоначально римское право придавало значеніе только послѣднему изъ названныхъ моментовъ [1]); но при своемъ дальнѣйшемъ развитіи оно представляетъ весьма важное уклоненіе отъ этого. Это безспорно въ отношеніи къ запрещенію отчуждать предметъ процесса; по прямому предписанію позднѣйшаго римскаго права запрещеніе это начинается только съ вызова въ судъ [2]). Это несомнѣнно по отношенію къ перерыву давности притязанія; перерывъ этотъ точно также наступаетъ съ вызовомъ въ судъ [3]), что слѣдуетъ сказать и о всякой другой давности [4]). Но и относительно усиливающейся

---

§ 126. [1]) По выраженію римскаго права въ этомъ случаѣ является lis contestata, litis contestatio, каковое выраженіе прежняя германская юриспруденція переводила словомъ „Kriegsbefestigung“. Въ классическомъ римскомъ правѣ litis contestatio весьма наглядно выражалось въ переходѣ дѣла отъ магистратуса къ iudex (ex iure in iudicium). Въ юстиніановомъ правѣ это конечно отпало; теперь просто говорится, что litis contestatio имѣется „post narrationem propositam et contradictionem obiectam“ (l. 14 § 1 C. de iud. 3. 1, ср. l. un. C. de lit. cont. 3. 9). Точно тоже понятіе litis contestationis мы находимъ въ каноническомъ правѣ и имперскихъ законахъ; но на основаніи недоказаннаго толкованія § 37 I. R. A. въ наукѣ получило силу то мнѣніе, что подъ litis contestatio слѣдуетъ разумѣть заявленіе отвѣтчика объ истинности или неистинности предъявленныхъ истцомъ фактовъ, все равно, будетъ ли въ самомъ этомъ заявленіи заключается оспариваніе искового притязанія или же таковое будетъ съ нимъ соединено или нѣтъ. Въ такомъ положеніи дѣла для нынѣшняго права лучше было бы говорить не о послѣдствіяхъ litis contestatio, какъ это издавна водится, но о послѣдствіяхъ начала спора. Ср. Савиньи § 257. 259, Вехтера Erörter. III стр. 47 и сл., Байера (Bayer) Vorträge § 180—182, Ветцеля Civilproc. стр. 104—108 (2 изд.).

[2]) Nov. 112 c. 1. Это мѣсто говоритъ только о предметѣ процесса, а не объ исковомъ притязаніи; нѣтъ основанія правило въ немъ высказанное переносить на послѣднее. Вехтеръ Erörter. III стр. 114. 115.

[3]) См. § 108 прим. 4.

[4]) Насколько по новѣйшему праву принимается вообще, что возбужденіе процесса прерываетъ всякую давность, настолько не можетъ подлежать сомнѣнію что моментомъ перерыва давности должно считать моментъ вызова въ судъ. Ибо главный аргументъ въ пользу перерыва всякой давности состоитъ въ томъ, что по l. 2 C. de ann. exc. 7. 40 въ случаѣ невозможности вызова отвѣтчика можно прервать подробно означеннымъ тамъ протестомъ не только давность притязанія, но и всякую давность. Вопросъ только въ томъ, можно-ли усматривать въ этомъ предписаніи выраженіе той мысли, что и въ случаѣ возможности

отвѣтственности отвѣтчика (§ 124 № 1. 2) весьма вѣскія основанія говорятъ въ пользу того, что по смыслу новѣйшаго права она начинается уже съ вызовомъ въ судъ, а не съ началомъ спора [5]). Наоборотъ, остальныя послѣдствія начала процесса и по римскому праву связаны всегда съ началомъ спора [6]), и по нынѣшнему праву должны относиться къ этому моменту; нѣтъ достаточнаго основанія, въ силу котораго можно было бы относить ихъ къ вызову въ судъ или даже къ моменту предъявленія иска [7]).

вызова противной стороны по отношенію къ перерыву давности вообще имѣетъ силу тоже, что и по отношенію къ перерыву давности притязанія.

[5]) Притомъ несомнѣнно, что просрочка недобросовѣстнаго отвѣтчика начинается при личныхъ притязаніяхъ уже съ вызова въ судъ, ибо если не послѣдовало напоминанія, то самъ этотъ вызовъ есть конечно такое напоминаніе. Это имѣло силу не только при послѣдующемъ развитіи римскаго права, но и съ самаго начала. Но сомнительно, можно ли тоже самое сказать и о вещныхъ притязаніяхъ; если прямо перенести обязательственное ученіе о просрочкѣ на эти притязанія, то не слѣдуетъ ли сказать, что по отношенію къ нимъ просрочка съ ея послѣдствіями наступитъ уже чрезъ внѣсудебное напоминаніе? Что касается отвѣтственности добросовѣстнаго отвѣтчика, то особенно важны два мѣста въ главѣ пандектовъ de hereditatis petitione, l. 20 § 11 и l. 25 § 7, ср. l. 20 § 6 eod. Въ нихъ говорится, что недобросовѣстное сознаніе (по указанному въ § 124 прим. 5 исправленію: сознаніе возможнаго неправа) начинается уже съ вызова въ судъ. См. именно l. 25 § 7 cit.: — „post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei passessores esse, quin imo post controversiam motam,.. coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur“. Вопросъ въ томъ, заключаютъ ли въ себѣ эти мѣста спигулярное право для исковъ по наслѣдству (конечно, несправедливо утверждаетъ Савиньи VI стр. 93. 94, что они и по отношенію къ послѣднимъ имѣютъ лишь историческое значеніе), или же они высказываютъ общее положеніе въ примѣненіи къ этимъ искамъ. За послѣднее, кажется, говоритъ въ особенности l. 25 § 7 cit. Въ пользу этого говоритъ и то, что по § 2 I. de off. iud. 4. 17 отвѣтственность отвѣтчика начинается „post inchoatam petitionem“. Поэтому если по смыслу юстиніанова права отвѣтственность добросовѣстнаго отвѣтчика начинается уже съ вызова въ судъ, то не можетъ подлежать сомнѣнію, что тоже самое должно имѣть силу и для просрочки недобросовѣстнаго отвѣтчика. Ср. Вехтера Erörter. III стр. 108—110. 131—134, Савиньи VI стр. 92—95, Бухка II § 15.

[6]) Одинокое исключеніе изъ этого въ l. ult. C. de cod. 6. 36. Нѣкоторые на основаніи l. 33 D. de O. et A. 44. 7 утверждаютъ противное и по отношенію къ наслѣдственности притязаній о штрафѣ. Но этого мѣста нельзя относить къ частнымъ притязаніямъ вообще. Ср. l. 20 i. f. D. de accus. 48. 2, и о различныхъ воззрѣніяхъ Вехтера Erörter. III стр. 112. 113, Савиньи VI стр. 19—21, Бухка II стр. 63 и сл., Вангерова I § 145 прим. N III.

[7]) Опредѣленіе K. G. O. II. 9 § 6, что въ дѣлахъ о нарушеніи общаго мира,

В. Рѣшеніе *).

Введеніе.

§ 127.

Еще болѣе, чѣмъ начало процесса, имѣетъ вліяніе на правоотношеніе сторонъ самое рѣшеніе, коимъ оканчивается процесссъ. Дѣло въ томъ, что во всякомъ процессѣ (если только дѣло доходитъ до рѣшенія) должно получиться рѣшеніе, не подлежащее оспариванію, или выражаясь технически, вступившее въ законную силу (rechtskrätiiger Urtheil) [1]); такое рѣшеніе составляетъ непо-

---

послѣ того какъ производство по нимъ начнется въ камергерихтѣ, обязанность вознаграждать убытки и нести гражданское взысканіе переходитъ на наслѣдниковъ, не должно быть понимаемо распространительно. Вехтеръ Erörter. III стр. 113. 114, Бухка II стр. 153—155, Савиньи VI стр. 249. 250; Синтенисъ I. § 33 прим. 7.—Новѣйшіе писатели, принципіально относительно нынѣшняго права, переносятъ послѣдствія litiscontestatio или, по крайней мѣрѣ, благопріятныя для истца послѣдствія litiscontestatio на вызовъ въ судъ, а отчасти даже на предъявленіе иска, такъ Кирульфъ стр. 280 — 284, Синтенисъ Erläuterungen aus verschiedenen Theilen des Civilprocesses I № 4 и Civilrecht I § 33, Савиньи VI § 278. 279. Ср. противъ нихъ Виндшейда die Actio и т. д. стр. 70—72, а противъ Синтениса (который, смѣшивая форму съ сущностью, утверждаетъ, что римская litis contestatio, будучи двустороннимъ актомъ, уже вовсе не встрѣчается въ нынѣшнемъ процессѣ) именно Вехтера III стр. 71 и сл. Однако практика рѣшительно склонна къ этому распространенію; тоже и Ветцель Civilprocesz стр. 119. Какъ бы то ни было на основаніи общихъ началъ слѣдуетъ выставить то положеніе, что отвѣтчикъ не можетъ устранить благопріятныхъ для истца послѣдствій litiscontestatio посредствомъ недобросовѣстной праволочки послѣдней. Вехтеръ в. п. с. стр. 86. 87 тоже самое говоритъ о всякой проволочкѣ, оказавшейся въ послѣдствіи неосновательною.

*) Кромѣ цитированныхъ въ § 124 писателей ср.: Арнольдъ praktische Erörterungen № 11 (1845). Бекеръ die processualische Consumption im classischen römischen Rechte (1853). Виндшейдъ die Actio и т. д. § 10—14 (1856). Эндеманъ das Princip der Rechtskraft (1861, ср. krit. VISchr. III стр. 112—117). Крюгеръ processualische Consumption und Rechtskraft des Erkenntnisses (1864. Кирульфъ стр. 249 и сл. 303 и сл., Вангеровъ I § 173, Синтенисъ I § 34, Бринцъ § 45. 46, Унгеръ II § 131—133; Бетманъ-Гольвегъ röm. Civilprozesz II § 101. 111, Ветцель Civilprocesz § 46. 47.

§ 127. [1]) „Sententia indubitata, quae nullo remedio attemptari potest", l. 23 § 1. i. f. D. de cond. ind. 12. 6. Въ нынѣшнемъ и каноническомъ правѣ (c. 13. 15 X de sent. 2. 27) употребляется „res iudicata", тогда какъ римское право (см.

колебимое основаніе правоотношенія между истцомъ и отвѣтчикомъ. Будетъ ли рѣшеніемъ признано притязаніе истца и сообразно съ этимъ обвиненъ отвѣтчикъ, или будетъ отвергнуто это притязаніе и сообразно съ тѣмъ оправданъ отвѣтчикъ [2]), въ томъ и другомъ слу-

---

напр. l. 7 pr. D. de transact. 2. 15) употребляло выраженіе res iudicata для всякаго рѣшенія. Савиньи VI стр. 298. 299. Рѣшеніе вступаетъ въ законную силу, когда исчерпаны дозволенныя противъ него средства защиты или когда право на нихъ утрачено вслѣдствіе пропущенія узаконеннаго срока или отреченія. Здѣсь можно оставить безъ вниманія то словоупотребленіе, по которому рѣшеніе считается вступившимъ въ законную силу, коль скоро противъ него не допускается болѣе никакого обыкновеннаго средства защиты (Байеръ Vorträge стр. 428. 429, Ветцель Civilproc. § 51 прим. 43). Въ этомъ послѣднемъ смыслѣ законная сила равна исполнительной силѣ рѣшенія.

[2]) Рѣшеніе, признающее истца неправымъ, не можетъ идти далѣе оправданія отвѣтчика, такъ что оно не можетъ въ тоже время обвинить истца. Объ этомъ вообще Савиньи VI § 289. 290. Истецъ можетъ быть обвиненъ лишь въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ съ своей стороны предъявилъ къ нему притязаніе, напр. на возмѣщеніе причиненныхъ процессомъ издержекъ, или самостоятельное притязаніе, напримѣръ, когда выдачѣ купленной вещи противопоставляется притязаніе на уплату покупной цѣны или на возвращеніе займа; но въ такомъ случаѣ рѣшеніе постановляется о двухъ притязаніяхъ, а не объ одномъ лишь притязаніи истца. Изъ этого положенія, основаннаго на существѣ дѣла, есть только одно исключеніе; при искахъ о раздѣлѣ судья для достиженія цѣли раздѣла можетъ обвинить истца и безъ просьбы отвѣтчика, согласно правилу, что ему въ порядкѣ раздѣла предоставлена полная свобода. Но и при раздѣлѣ судья является органомъ не столько спорной, сколько добровольной юрисдикціи (ср. II § 449 прим. 16). А потому только—что сказанное не имѣетъ силы для остальныхъ обязанностей истца, вытекающихъ изъ отношеній общенія, напримѣръ, для обязанности вознагражденія за извлеченные плоды или причиненный ущербъ. Хотя о раздѣльныхъ искахъ вообще, а слѣдовательно, и о помянутыхъ обязанностяхъ, насколько они обнимаются этими исками, и говорится въ источникахъ, что при нихъ отвѣтчикъ является вмѣстѣ съ тѣмъ истцомъ, и хотя тоже говорится объ interdicta retinendae possessionis (l. 10 D. fin. reg. 10. 1, l. 37 § 1 D. de O. et A 44. 7), но это имѣетъ лишь тотъ смыслъ, что при этихъ искахъ формула составлялась такъ, что вслѣдствіе представленной отвѣтчикомъ просьбы можно было обвинить и истца. А потому понятіе actio duplex или mixta, какъ въ источникахъ названы помянутые иски, за исключеніемъ одного выше означеннаго пункта, не имѣетъ уже никакого значенія для нынѣшняго права. Съ этимъ не соглашаются, ссылаясь на то, что „единство спорнаго отношенія“ въ actiones duplices является не въ томъ видѣ, какъ въ другихъ исходящихъ отъ отвѣтчика притязаніяхъ. Но что-жъ это значитъ? Развѣ въ этомъ отношеніи будетъ какое-либо различіе между слѣдующими двумя случаями: когда тотъ, противъ кого направленъ искъ о раздѣлѣ, требуетъ вознагражденія за собранные истцомъ плоды отъ общей вещи, и когда тотъ, противъ кого направ-

чаѣ ни одна изъ сторонъ не въ правѣ болѣе возражать противъ такого рѣшенія [3]), или представлять доказательства, что оно неправильно [4]). Объ этомъ дѣйствіи рѣшенія, называемомъ юридическою силой рѣшенія въ матеріальномъ смыслѣ, слѣдуетъ сказать подробнѣе (§ 129—132). Но предварительно (§ 128) слѣдуетъ отвѣтить на вопросъ, когда рѣшеніе должно состоять въ обвиненіи и когда въ оправданіи. Правило, что оно должно обвинять, когда найдетъ исковое притязаніе основательнымъ, и оправдать, когда найдетъ его неосновательнымъ, недостаточно, потому что для судьи, какъ уже было замѣчено, невозможно произносить рѣшеніе въ тотъ самый моментъ, въ который возбужденъ процессъ. Такимъ образомъ можетъ случиться, что притязаніе, основательное въ началѣ процесса, окажется неосновательнымъ ко времени произнесенія рѣшенія, и наоборотъ, притязаніе, неосновательное въ началѣ процесса, окажется основательнымъ ко времени произнесенія рѣшенія: какъ же разрѣшаются эти случаи?

Предположеніе обвиненія *).

§ 128.

1. Если притязаніе, основательное въ началѣ процесса, въ слѣдъ затѣмъ перестаетъ быть основательнымъ [1]), то слѣдуетъ

ленъ искъ о выдачѣ купленной вещи, требуетъ платежа покупной цѣны? Или говорятъ, что въ обоихъ этихъ случаяхъ „относительно процессуальнаго производства“ примѣняется не одно и тоже. Но этого различія доказать нельзя. Ср. Виндшейда die Actio и т. д. стр. 27 прим. 3. Abwehr стр. 40. 41; Савиньи VI стр. 328—330, Ветцель Civilproc. § 5 № 2. § 46 № 1, Арндтсъ § 99 прим., Унгеръ § 131 прим. 26.

[3]) Обыкновенно говорятъ: рѣшеніе установляетъ фикцію истины, или: рѣшеніе установляетъ формальное право. Мѣста источниковъ, въ коихъ признано это дѣйствіе рѣшенія вообще, суть: l. 25 D. de statu hom. 1. 5, l. 1 § 16 l. 3 pr. D. de agnosc. 25. 3, l. 65 § 2 D. ad SC. Treb. 36. 1, l. 12 § 3 D. de bon. lib. 38. 2, l. 6 D. de exc. rei iud. 44. 2.

[4]) Конечно такимъ образомъ въ отдѣльномъ случаѣ неправо становится правомъ; но еще большимъ зломъ было бы, если бы спору не было конца. Ср. Савиньи VI § 280.

*) A. C. I. Schmid Arch. f. civ. Pr. XXX. 7 (1847).

§ 128. [1]) Особое изслѣдованіе объ этомъ случаѣ написано Р. Ремеромъ (R. Römer) das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Processes in seinem Verhältnisz zum Endurtheil (1852). Рецензіи о немъ Беккера и Дернбурга въ Heidelb. krit. Zeitschr. I стр. 253 и сл.

исходить изъ того, что отвѣтчикъ долженъ быть оправданъ; принципъ тотъ, что отвѣтчикъ можетъ быть обвиненъ лишь тогда, если предъявленное противъ него притязаніе окажется основательнымъ въ то время, когда онъ долженъ быть подвергнутъ обвиненію [2]). При этомъ нужно однако замѣтить, что притязаніе чрезъ начатіе процесса становится въ такое положеніе, что на него не имѣютъ никакого вліянія нѣкоторыя основанія прекращенія [3]), и далѣе, что римское право въ одномъ только отношеніи обращаетъ вниманіе на возникновеніе притязанія во время начатія процесса, такъ что позднѣйшее измѣненіе не приноситъ вреда, именно: когда притязаніе простирается только на то, чѣмъ вслѣдствіе извѣстнаго факта отвѣтчикъ сталъ богаче, то по рѣшеніи вопроса, дѣйствительно ли существуетъ это обогащеніе или нѣтъ, принимается во вниманіе время начатія процесса, а не то время, когда произносится рѣшеніе [4]).

---

[2]) Обыкновенно выставляется въ видѣ принципа противоположное положеніе, главнымъ образомъ на основаніи Gai. IV. 114, гдѣ (какъ думаютъ) говорится, будто прокуліанцы въ stricti iudicii actiones допускали condemnatio даже въ случаѣ удовлетворенія истца. Какъ бы то ни было положеніе это въ послѣдствіи исчезло (§ 2 I. de perp. et temp. act. 4. 12), и даже по отношенію къ болѣе древнему римскому праву весьма сомнительно, чтобъ изъ удовлетворенія истца дозволялось выводить заключеніе о другихъ основаніяхъ прекращенія. Ср. хорошія замѣчанія Дернбурга в. п. с. стр. 261. 262; Рудорфъ röm. RGesch. II стр. 270. Противъ господствующаго мнѣнія говорятъ l. 16 pr. l. 27 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 64 D. de usufr. 7. 1, l. 7 § 7 D. ad exh. 10. 4, l. 14 pr. D. de cond. furt. 13. 1, l. 12 § 3 l. 14 § 1 D. dep. 16. 3, l. 37 § 6 D. de oper. lib. 38. 1. Ср. Вехтера Erörter. III стр. 124 и сл. Зейф. Arch. XIX. 31.

[3]) Противъ него безсильны: наступающая невозможность удовлетворенія, если вина въ томъ падаетъ на отвѣтчика, далѣе смерть управомоченнаго и обязаннаго лица и наконецъ (по древнѣйшему римскому праву, см. § 124 № 4) давность, которою прекращается лежащее въ основѣ притязанія право. (Еслибы выразить это такъ: по древнеримскому праву притязаніе само по себѣ отпадаетъ, но обвиненіе все-таки имѣетъ мѣсто, такъ какъ притязаніе въ моментъ начала процесса было основательно, то тѣмъ самымъ, покрайней мѣрѣ, касательно обязательственныхъ притязаній, не воспроизводится смыслъ источниковъ [perpetuatur actio, obligatio, см. § 124 прим. 12]; но во всякомъ случаѣ въ этомъ нельзя видѣть какого-нибудь доказательства въ пользу отвергнутаго въ предыдущемъ примѣчаніи принципа, такъ какъ здѣсь дѣло идетъ объ отмѣнѣ прибыли, полученной отвѣтчикомъ единственно вслѣдствіе продолженія процесса [см. выше § 124]).

[4]) L. 37 pr. § 1 D. de neg. gest. 3. 5, l. 20 D. quod met. causa 4. 2, l. 34 pr. D. de min. 4. 4, l. 7 pr. § 3 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 47 D. de

2. Когда притязаніе, неосновательное въ началѣ процесса, становится основательнымъ прежде рѣшенія, то слѣдуетъ различать, опирается ли притязаніе на какомъ-нибудь существенномъ основаніи, имѣющемъ наступить лишь въ послѣдствіи, или же на иномъ необходимомъ для его возникновенія обстоятельствѣ. Въ послѣднемъ случаѣ отвѣтчикъ долженъ быть обвиненъ; [5]) въ первомъ же имѣетъ силу то правило, что онъ дол-

---

sol. 46. 3, но см. тоже l. 36 § 4 D. de H. P. 5. 3. См. еще l. 4 § 1 l. 6 § 4 D. de aqua et aquae (II § 473 прим. 16. 19).—Напротивъ того нельзя считать дальнѣйшимъ исключеніемъ то, что тотъ, противъ кого направлено притязаніе объ ущербѣ, долженъ быть обвиненъ и тогда, когда послѣ начатія процесса онъ теряетъ собственность на ту вещь, которою обусловлена его отвѣтственность; ибо это предписано только на тотъ случай, когда онъ утрачиваетъ собственность чрезъ собственное дѣяніе, слѣдовательно, по своей винѣ. Сюда относятся слѣдующія мѣста: l. 1 § 12. 13. 16 D. Si quadr. 9. 1, l. 37 l. 38 pr. D. de nox. act. 9. 4, см. именно l. 1 § 13 l. 38 pr. citt.

[5]) Принципъ, изъ коего исходитъ римское право, состоитъ въ слѣдующемъ: означенное въ intentio должно быть на лицо въ моментъ начала процесса, не обозначенное въ intentio лишь въ моментъ рѣшенія. Въ этомъ смыслѣ говорится въ l. 23 D. de iud. 5. 1: „Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est,“ ср. l. 35 cod. и l. 30 pr. D. de rec. 15. 1 (см. ниже). Примѣненія этого принципа суть слѣдующія. При искѣ о собственности право собственности должно существовать въ моментъ начала процесса (ср. l. 11 § 4. 5 D. de exc. rei iud. 44. 2, Савиньи VI стр. 67), при actio ad exhibendum интересъ истца (l. 7 § 7 D. ad. exh. 10. 4); наоборотъ при обонхъ этихъ искахъ не мѣшаетъ то, что владѣніе отвѣтчика наступило лишь послѣ (l. 27 § 1 D. de R. V. 6. 1, l. 7 § 4 l. 8 D. ad exh. 10. 4), точно также и при искѣ о наслѣдствѣ (l. 18 § 1 D. de H. P. 5. 3) и при искѣ изъ закладнаго договора (l. 1 §. 21 D. dep. 16. 3). Далѣе по отношенію къ иску послѣдняго рода достаточно, чтобы платежъ долга послѣдовалъ лишь до рѣшенія (l. 9 § 5 D. de pign. act. 13. 7); при искѣ изъ порученія нѣтъ надобности, чтобы дѣйствіе уполномоченнаго, сообщающее притязанію конкретное направленіе, напр. дѣйствительное полученіе долга, подлежавшаго взысканію, предпринято было уже при началѣ процесса (l. 17 D. mand. 17. 1, ср. Савиньи VI стр. 68); actio de peculio предполагаетъ только, что въ моментъ рѣшенія что-либо состоитъ in peculio (l. 30 pr. D. de rec. 15. 1, l. 7 § 15 D. quib. ex caus. 42. 4—даже и безъ того, чтобы что-либо находилось въ началѣ процесса in peculio, „tenet actio de peculio“ и „intenditur recte“. Сказанное въ текстѣ служитъ, повидимому, по отношенію къ нынѣшнему праву правильнымъ выраженіемъ непримѣнимаго по своей формѣ римскаго принципа; обыкновенно дѣлается различіе между юридическими и фактическими предположеніями иска, такъ Келлеръ стр. 190 и сл., Савиньи стр. 73 и сл., Вехтеръ Erörter. III стр. 126 и сл., Вангеровъ I § 160 прим. № III. 3.

женъ быть оправданъ, а истцу слѣдуетъ предоставить начать новый процессъ. Но въ силу одного постановленія канонического права изъ этого правила допускается исключеніе въ томъ случаѣ, когда въ искѣ не показано основанія пріобрѣтенія для предъявляемаго права; въ этомъ случаѣ достаточно, чтобы право было пріобрѣтено только прежде рѣшенія [6]).

И здѣсь римское право началомъ процесса считаетъ начало спора, и здѣсь нѣтъ никакого основанія не примѣнять этого предписанія въ нынѣшнемъ правѣ.

Юридическая сила рѣшенія.

§ 129.

Обвиняющее рѣшеніе даетъ истцу новое и самостоятельное основаніе требовать удовлетворенія своего притязанія. Истцу нѣтъ болѣе надобности обращаться къ первоначальному правоотношенію, равно какъ и допускать какія бы то ни было возраженія на основаніи этого правоотношенія; онъ просто предъявляетъ отвѣтчику рѣшеніе и требуетъ, чтобъ онъ подчинился послѣднему; если отвѣтчикъ этого не сдѣлаетъ, то противъ него непосредственно примѣняется принужденіе. [1]) Въ этомъ смыслѣ

Ветцель Civilproc. § 14 прим. 63. 64 учитъ, что въ моментъ litiscontestatio не должны существовать тѣ факты, кои „составляютъ пассивное предположеніе обвиненія въ лицѣ отвѣтчика.“ Ср. тоже Дернбурга Pfandr. I стр. 158, Унгера II § 131 прим. 1. Бриглебъ (Briegleb) vermischte Abhandlungen I № 5. Беккеръ krit VISchr. X. стр. 410 и сл.

[6]) C. 3 de sent. et re iud. in VI° 2. 14. Допускается ли и нынѣ искъ безъ указанія основанія пріобрѣтенія, это процессуальный вопросъ, на который слѣдуетъ, впрочемъ, отвѣчать отрицательно. Нельзя согласиться съ толкованіемъ Вехтера (Erörter. III стр. 122 прим. 72), по которому помянутое мѣсто допускаетъ будто бы и при указаніи основанія пріобрѣтенія позднѣйшее наступленіе такого (но только не иного) основанія.

[1]) Конечно, не безъ новой просьбы истца. Но она собственно не есть истинный искъ, такъ какъ въ ней истецъ не домогается отъ судьи никакого рѣшенія; въ противоположность къ нему она названа imploratio iudicis. Ср. Бухка II стр. 214 и сл., Савиньи VI § 295. e, Ветцель Civilproc. § 47 за примѣчаніемъ 115. Зейф. Arch. XX. 190. § 129

[2]) Говорится, что изъ рѣшенія возникаетъ actio iudicati, а въ l. 4 § 7 D.

можно также сказать, что рѣшеніемъ установляется для истца новое притязаніе, и дѣйствительно, въ источникахъ это воззрѣніе не только высказывается [2]), но и практически проводится въ отдѣльныхъ примѣненіяхъ [3]). Но никогда оно не проводится во вредъ истцу; тамъ, гдѣ онъ могъ бы понести ущербъ отъ этого воззрѣнія, на первый планъ выдвигается другая сторона дѣла, которая столь же справедлива и даже еще справедливѣе, именно что установленное рѣшеніемъ притязаніе матеріально будетъ не иное какъ и выставленное въ искѣ, что рѣшеніе не столько создаетъ, сколько признаетъ притязаніе [4]). Стало-быть, отношеніе тутъ такое же, какое наступаетъ вслѣдствіе начала процесса; точно также чрезъ рѣшеніе не уничтожается существующее притязаніе и не замѣняется инымъ: а только существующее съ самаго начала притязаніе получаетъ чрезъ него свою окончательную форму [5]). — Если установленное рѣшеніемъ притязаніе не будетъ

---

de re iud. 42. 5 прямо говорится объ „obligatio quae ex causa iudicati descendit“ въ l. 8 § 3 D. de nov. 46. 2 объ „obligatio iudicati“ (въ l. 3 § 11 D. de pec. 15. 1 искажено: „iudicati velut obligatio“). Ср. l. 9 § 8 D. de pec. 15. 1, l. 16 § 6 D. de pign. 20. 1, l. 37 § 6 D. op. lib. 38. 1.

[3]) Притязаніе изъ рѣшенія переходитъ наслѣдственно, хотя исковое притязаніе не было таковымъ; равнымъ образомъ оно не подлежитъ давности искового притязанія. l. 6 § 3 D. de re iud. 42. 1. Оно распространяется и на peculium, хотя притязаніе и не распространялось на него, l. 3 § 11 D. de pec. 15. 1. Въ l. 3 C. de us. rei iud. 7. 54 прекращеніе теченія процентовъ послѣ постановленнаго рѣшенія сводится къ тому, что теперь имѣется новое обязательство (ср. прим. 5). См. тоже l. 37 § 6 D. de op. lib. 38. 1.

[4]) А потому обязательство поручителя продолжается и послѣ рѣшенія (l. 8 § 3 D. de fidei. 46. 1, l. 28 C. eod. 8. 41), а просрочившее обязанное лицо и вслѣдствіе рѣшенія не перестаетъ считаться просрочившимъ (l. pr. D. de usur 22. 1). Продолженіе закладнаго права (l. 13 § 4 D. de pign. 20. 1, l. 8. C eod. 8. 14) сюда не относится; оно объясняется уже изъ того, что „suas conditiones habet hypothecaria actio“ (ср. выше § 112 прим. 5).

[5]) Вопросъ и о томъ, содержитсяли въ рѣшеніи novatio, неоднократно былъ поднимаемъ и часто рѣшался утвердительно. Въ подтвержденіе этого ссылались на Gai. III. 180 и на l 3 C de us. rei iud. 7. 54. Но мѣста эти въ виду фактовъ, приведенныхъ въ предыдущемъ примѣчаніи, лишены доказательной силы. О послѣднемъ мѣстѣ въ особенности см. Вехтера Erörter. III стр. 48 и Виндшейда die Actio и т. д. стр. 116. Вообще ср. Вехтера в. п. с. стр. 47 и сл., Бухку II стр. 209 и сл., Савиньи V § 258 ф. и сл. и стр. 307, Беккера processual. Consumption стр. 293 и сл., Виндшейда die Actio и т. д. § 12, Ветцеля Civilproc. См. § 47 въ н., Унгера II § 133.

удовлетворено въ теченіе 4 мѣсяцевъ, то, какъ предписываетъ римское право, должникъ обязанъ уплатить 12%, но за то на это время прекращается теченіе всякихъ другихъ процентовъ [5a]).

2 Оправдывающее рѣшеніе устраняетъ притязаніе истца, если оно дѣйствительно было неосновательно, такъ что оно впредь не можетъ быть предъявлено; если же не смотря на то оно все таки снова предъявляется, то ему противопоставляется возраженіе, что дѣло уже рѣшено [6]). Мнѣніе, будто за устраненіемъ означеннаго притязанія остается еще естественное обязательство, не можетъ быть оправдано [7]).

5a) L. 1. 2. 3 C. de us. rei iud. 7. 54, l. 13 C. de usur. 4. 32. Однако нынѣшняя примѣнимость этого предписанія оспаривается. Савиньи VI стр. 412, Момзенъ Beiträge III стр. 247. Ср. § 260 прим. 4.

6) Exceptio rei iudicatae.

7) Вопросъ этотъ очень споренъ. Въ пользу продолженія естественнаго обязательства изъ новѣйшихъ писателей высказались именно Кирульфъ стр. 4 прим. * (но этотъ писатель утверждаетъ противное по отношенію къ нынѣшнему праву), Бухка I стр. 315 и сл. (съ тѣмъ же различіемъ, см. II стр. 200. 201), Фейнъ (Fein) Arch. f. civ. Prax. XXVI. 7. 13, Савиньи Obligationenrecht I стр. 81 и сл., Шванертъ Naturalobligationen стр. 439 и сл. (но оба послѣдніе съ значительными измѣненіями), Дернбургъ Pfandrecht II стр. 585. 586; противъ этого продолженія ф. д. Пфортенъ (v. d. Pfordten) Arch. f. civ. Pr. XXIV. 4, Флахъ (Flach) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XIX. 12, Вехтеръ Erörter. III стр. 135 и сл., Вангеровъ § 173 прим. 1, Шейрлъ krit. VISchr.. VI стр. 525 и сл. Рѣшительно противъ этого продолженія говоритъ то, что значеніе юридической силы рѣшенія состоитъ именно въ томъ, что чрезъ него окончательно установляется правоотношеніе сторонъ; далѣе противъ этого продолженія говоритъ освобожденіе залоговъ чрезъ оправдательное рѣшеніе (l. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6, противъ каковаго мѣста не имѣлъ бы силы l. 27 D. de pign. 20. 1 и въ томъ случаѣ, если бы даже необходимо было предполагать, что въ немъ говорится о рѣшеніи [процессуальная давность!]—продолженіе закладнаго права ничего не доказываетъ въ пользу естественнаго обязательства, а противъ послѣдняго говоритъ непродолженіе означеннаго права. Съ другой стороны ссылаются на l. 28 и l. 60 pr. D. de cond. 12. 6. Но первое мѣсто исключаетъ право обратнаго требованія уплаченнаго очевидно потому, что оно принимаетъ, что платящій зналъ, что онъ не обязанъ платить (изъ словъ „iudex.... male absolvit“ должно быть объясняемо, какъ платящій обязанъ все-таки уплатить). Больше трудностей представляетъ l. 60 cit. Но должно принять во вниманіе слѣдующее. Мѣсто это рѣшаетъ, что истинный должникъ, уплачивающій долгъ не дожидаясь исхода процесса, не въ правѣ требовать уплаченнаго обратно, ссылаясь на то, что если бы онъ продолжалъ процессъ, то, быть можетъ, былъ бы освобожденъ отъ платежа. Это несомнѣнно правильное рѣшеніе мотивируется

§ 130. *)

Но возраженіе, что дѣло уже рѣшено, не необходимо предполагаетъ, что проигравшій истецъ предъявляетъ совершенно тоже самое, что было имъ предъявлено въ прежнемъ процессѣ; оно не предполагаетъ непремѣнно, что именно проигравшій истецъ выступаетъ во второй разъ; оно можетъ быть противопоставлено и обвиненному отвѣтчику. Вообще оно имѣетъ силу всякій разъ, какъ только одна изъ двухъ тяжущихся сторонъ предъявляетъ что-либо такое, что уже рѣшено противъ нея окончательнымъ рѣшеніемъ, послѣдовавшимъ при прежнемъ процессѣ между тѣми же сторонами [1]). Объ этомъ нужно въ частности замѣтить слѣдующее.

1. Возраженіе, что дѣло уже рѣшено, не устраняется тѣмъ, что притязаніе, предъявленное въ прежнемъ процессѣ, въ настоящее время снова предъявляется на основаніи измѣненной юридической точки зрѣнія, на основаніи инаго правоположенія. Если разъ рѣшено, что данное притязаніе неосновательно, то тѣмъ самимъ рѣшено, что оно неосновательно вообще, а не только въ силу той или другой юридической точки зрѣнія [2]).

тамъ не тѣмъ, что онъ уплатилъ какъ истинный должникъ, но тѣмъ, что и въ случаѣ оправданія онъ не въ правѣ былъ бы потребовать уплаченнаго обратно, такъ какъ онъ все-таки оставался бы debitor naturalis. Это неправильное мотивированіе правильнаго рѣшенія, по моему убѣжденію, не можетъ опровергнуть выше приведенныхъ основаній. Ср. тоже Ветцеля Civilproc. § 47 за прим. 7.

*) Dig. 44. 2. de exceptione rei iudicatae.

§ 130. [1]) „Quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur“, l. 3 l. 7 § 1. 4 l. 19 l. 22 l. 30 § 1 D. h. t. Въ другихъ мѣстахъ требуется, чтобы во второмъ процессѣ дѣло шло объ „eadem res“, l. 5 l. 7 pr. l. 14 pr. l. 27 D. h. t. Подъ eadem res здѣсь нельзя разумѣть нѣчто болѣе опредѣленное чѣмъ то, что значатъ эти слова, то-есть, тоже самое дѣло. Бетманъ-Гольвегъ röm. Civilprozesz II § 111 прим. 45 относитъ „eadem res“ къ отрицательной, а „eadem quaestio“ къ положительной функціи exc. rei iudicatae (см. этотъ § въ к.).

[2]) Если кто-нибудь возбуждаетъ притязаніе, чтобы уполномоченное имъ лицо выдало ему опредѣленную сумму денегъ, которое оно для него взыскало, и для этого ссылается на правила о договорѣ препорученія (actio mandati), но ему въ томъ отказано, то онъ не въ правѣ во второй разъ отыскивать туже сумму денегъ, ссылаясь на юридическія правила о добровольномъ веденіи дѣлъ (negotiorum gestio), или на то, что противникъ его обогатился изъ его имущества безъ надлежащаго основанія (condictio sine causa), l. 5 D. h. t. (хотя первона-

2. Если въ подтвержденіе требованія, предъявленнаго при прежнемъ процессѣ, теперь приводится другое событіе (основаніе пріобрѣтенія) [2а]), то нужно различать [3]), отыскивается ли вещное или обязательственное право. Если это право обязательственное, то чрезъ измѣненіе основанія пріобрѣтенія исключается возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ; прежнее рѣшеніе постановило не то, что обязательственное право такого-то содержанія неосновательно вообще, а то, что оно неосновательно въ силу такого-то событія [4]). Если же отыскивается вещное право, то возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ имѣетъ силу, не взирая на измѣненное основаніе пріобрѣтенія; прежнее рѣшеніе постановило, что неосновательно право такого-то содержанія на данную вещь, а не то, что въ силу даннаго событія право такого-то содержанія на данную вещь неосновательно [5]). Впрочемъ, это справедливо лишь при томъ предположеніи, что чрезъ искъ производство не было ограничено опредѣ-

---

чально въ этомъ мѣстѣ несомнѣнно говорилось о cautio iudicio sisti, тѣмъ не менѣе компиляторы отнесли его къ exceptio rei iudicatae). Кому отказано въ искѣ о возвратѣ купленной вещи по причинѣ оказавшагося въ ней недостатка (actio redhibitoria), тотъ не можетъ искать во второй разъ и доказывать, что онъ можетъ требовать, чтобы покупная цѣна уменьшена была настолько, насколько вещь вслѣдствіе недостатка понизилась въ своей стоимости (actio quanti minoris), и что такъ какъ теперь она не имѣетъ для него никакой цѣны, то по возвращеніи имъ вещи онъ долженъ отдать уплаченныя за нее деньги; такую же силу имѣетъ обратное отношеніе. L. 25 § 1 D. h. t.

[2а]) Ср. въ особенности еще Фойхта (Voigt) condictiones ob causam § 29, Иеринга Geist des röm. R. III стр. 39 и сл.

[3]) Слишкомъ обще, если для exceptio rei iudicatae вообще требуется въ l. 27 D. h. t. тожества „causa proxima actionis“, а въ l. 14 pr. eod. тожества „causa petendi“, какъ видно изъ дальнѣйшихъ словъ (§ 2) послѣдняго закона.

[4]) L. 14 § 2 D. h. t. „Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulaecausea sequuntur, necIla earum alterius petitione vitiatur“. Рѣшеніе, коимъ отвергнуто покупное требованіе 100, не можетъ быть противопоставлено заемному требованію на туже сумму. Ср. l. 22 i. f. D. h. t., l. 18 D. de O. et A. 44. 7, l. 93 § 1 D. de leg. III° 32. Зейф. Arch. V. 237.

[5]) L. 14 § 2 cit. „At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest“. L. 11 § 5 eod:—„qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit“. L. 11 § 1 l. 30 pr. D. h. t., l. 159. D. de R. I 50. 17, l. 3 § 4 D. de A. v. A. P. 41. 2.

леннымъ основаніемъ пріобрѣтенія [6]); далѣе очевидно, что помянутое возраженіе будетъ неосновательно и тогда, когда предъявляемое теперь пріобрѣтательное основаніе возникло послѣ прежняго рѣшенія; само собою разумѣется, что послѣднее отринуло

---

[6]) Объ этомъ пунктѣ не мало спорятъ. Что касается римскаго права, то все дѣло тутъ въ толкованіи l. 11 § 2 и l. 14 § 2 D. h. t. Въ прежнее время считалось несомнѣннымъ, что въ этихъ мѣстахъ содержится то положеніе, по которому чрезъ указаніе въ искѣ опредѣленнаго пріобрѣтательнаго основанія сила рѣшенія ограничивается этимъ основаніемъ. Противъ этого возсталъ Пухта (Rhein. Museum II стр. 251 и сл. III стр. 467 и сл. [1828. 1829], kl. Schriften N. IX), объясняя рѣшающія слова „causa adiecta“ и „non expressa causa“ такимъ образомъ: если въ послѣдствіи наступило иное пріобрѣтательное основаніе, и: такъ-какъ пріобрѣтательное основаніе, какъ это необходимо, не указано. За Пухтой послѣдовали другіе писатели, напр. Вангеровъ I § 173 прим. 1 № V въ к., Бухка I стр. 145, Синтенисъ I § 34 прим. 46 и Erläuterungen I стр. 220 и сл.; противъ него см. Савинья VI Beil. XVII, Бриглебъ vermischte Abhandlungen I № 3, Беккеръ krit. VISchr. X стр. 407 и сл. Объясненіе Пухты и я не считаю правильнымъ, но съ другой стороны я полагаю, что изъ приведенныхъ мѣстъ нельзя безусловно выводить по отношенію къ нынѣшнему праву того положенія, которое обыкновенно выводятъ изъ нихъ. Чтобы сила рѣшенія не простиралась далѣе приведеннаго пріобрѣтательнаго основанія, по римскому праву требовалось добавленіе въ intentio или же praescriptio, слѣдовательно, ограниченіе разбирательства однимъ этимъ пунктомъ. Стало-быть, и по нынѣшнему праву слѣдуетъ требовать такого ограниченія, когда рѣшеніе должно дѣйствовать только ограниченно; ограниченіе же это заключается въ простомъ указаніи пріобрѣтательнаго основанія въ искѣ лишь тогда, если исходятъ изъ того положенія, что указаніе въ искѣ пріобрѣтательнаго основанія необходимо и для вещныхъ правъ, изъ какового положенія непосредственно вытекаетъ дальнѣйшее положеніе, что кромѣ пріобрѣтательнаго основанія, указаннаго въ искѣ, другаго въ послѣдствіи приводить уже нельзя. Тѣ, которые того положенія недопускаютъ, и слѣдовательно, считаютъ указаніе пріобрѣтательнаго основанія въ искѣ несущественнымъ и тѣмъ самимъ допускаютъ примѣненіе всякаго инаго кромѣ дѣйствительно указаннаго основанія, могли бы приписать рѣшенію ограниченное дѣйствіе лишь въ томъ случаѣ, когда истецъ прямо заявилъ, что онъ желаетъ сдѣлать предметомъ разбирательства только одно это пріобрѣтательное основаніе (иначе Зейф. Arch. XX. 206). Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что все сдѣланное въ текстѣ различіе между вещными и обязательственными правами имѣетъ для насъ значеніе лишь при томъ предположеніи, что для вещнаго права въ нынѣшнемъ процессуальномъ правѣ не требуется указанія въ искѣ пріобрѣтательнаго основанія. Ср. еще Бухку II стр. 192 и сл., Вехтера II стр. 445, Шмида Handb. des gem. deutsch. bürg. Rechts I стр. 318—322, Пагенштехера (Pagenstecher) Lehre vom Eigenthum III стр. 18—22, Ветцеля Civilproc. § 47 прим. 60—63.

данное вещное право не по отношенію ко всякому времени, но лишь по отношенію къ тому времени, когда оно было постановлено [7]).

3. Рѣшеніе о цѣломъ есть вмѣстѣ съ тѣмъ рѣшеніе о части этого цѣлаго; кому отказано въ цѣломъ, тому отказано и въ его части. Это должно сказать не только о предметѣ права [8]), но и о самомъ правѣ [9]). Но для того, чтобы вышеупомянутое возраженіе было основательно, необходимо, чтобы часть дѣйствительно требовалась какъ часть, а не какъ нѣчто сомостоятельное [10]). Но и наоборотъ, рѣшеніе о части есть вмѣстѣ рѣшеніе о цѣломъ, кому дѣйствительно отказано въ части какъ въ части, тому отказано и въ цѣломъ, такъ какъ часть какъ часть не имѣетъ самостоятельнаго существованія, но есть лишь форма проявленія цѣлаго [11]). Далѣе на томъ же основаніи рѣшеніе объ одной части есть въ тоже время рѣшеніе о другой [12]). — Когда дѣло идетъ не

---

7) L. 11 § 4. 5 l. 25 pr. D. h. t., l. 10 D. de exc. 44. 1, l. 25 § 1 l. 42 D. de lib. causa 40. 12.

8) Въ l. 12. 13 D. h. t. для exc. rei iudicatae вообще также требуется слишкомъ обще „idem corpus“, „eadem quantitas“. Ср. тоже l. 14 pr. eod.

9) L. 7 pr. D. h. t. „Si quis, cum totum petiisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet; nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate vel in iure“. Такимъ образомъ, напримѣръ, не только рѣшеніе о правѣ на зданіе есть вмѣстѣ рѣшеніе о правѣ на строительные матеріалы, но и рѣшеніе о правѣ наслѣдства (совокупности оставленныхъ наслѣдодателемъ имущественныхъ правъ) есть вмѣстѣ рѣшеніе объ отдѣльныхъ наслѣдственныхъ правахъ. Ср. l. 3 l. 7 pr. § 4. 5 l. 21 § 1. 3 D. h. t., l. 22 § 8 D. ratam rem 46. 8 (l. 27 § 8 D. de pactis 2. 14).

10) Отсюда объясняется l. 7 § 2 D. h. t.:—„is, qui insulam petiit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea conditione est, ut videatur aliud petere; etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt“.

11) Ѳ. Момзенъ röm. Geschichte I стр. 66 прим. **. „Эта“ „часть“, „какъ всякому юристу извѣстно, есть ничто иное какъ бывшее или будущее цѣлое, слѣдовательно, въ настоящемъ она лишена всякой реальности“. А потому въ рѣшеніи объ отдѣльномъ наслѣдномъ правѣ заключается рѣшеніе о наслѣдномъ правѣ вообще, подобно тому какъ въ рѣшеніи о наслѣдномъ правѣ вообще содержится рѣшеніе объ отдѣльномъ наслѣдномъ правѣ, l. 3. 7 § 4. 5 D. h. t. Ср. Виндшейда die Actio и т. д. стр. 91—94, Крюгера стр. 167 и сл. См тоже l. 11 § 6 D. h. t. (Непризнаніе притязанія на iter не есть еще непризнаніе притязанія на actus; ибо право на iter не есть часть права на actus, но есть особое право).

12) Непризнаніе притязанія на одну наслѣдственную вещь основываетъ собою

объ отношеніи цѣлаго къ его части, но о большемъ или меньшемъ количествѣ, то хотя непризнаніе меньшаго есть вмѣстѣ съ тѣмъ непризнаніе большаго [13]), но наоборотъ непризнаніе большаго содержитъ въ себѣ непризнаніе меньшаго только тогда, когда смыслъ рѣшенія таковъ, что большее не слѣдуетъ вовсе а не тотъ, что слѣдуетъ не большее [14]).

4. Если за истцомъ признано право, по характеру своему исключительное, то тѣмъ самимъ признано, что оно не принадлежитъ отвѣтчику. А потому если онъ въ послѣдствіи предъявитъ это право въ видѣ иска, то на основаніи обвинившаго его рѣшенія ему противопоставляется возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ [15]).

5. Въ доселѣ разсмотрѣнныхъ случаяхъ прежде постановленное рѣшеніе содержитъ въ себѣ непосредственно рѣшеніе о теперь зая-

---

exc. rei iudicatae противъ притязанія на другую вещь.—Частью въ сравненіи съ цѣлымъ слѣдуетъ считать также право на отдѣльное наступившее требованіе въ сравненіе съ правомъ на періодическое доставленіе вообще, напримѣръ, право на отдѣльную сумму процентовъ въ сравненіи съ правомъ на проценты вообще. А потому непризнаніе притязанія на отдѣльную сумму процентовъ содержитъ въ себѣ непризнаніе притязанія на проценты вообще, а слѣдовательно, и на всѣ дальнѣйшіе суммы процентовъ (l. 23 i. f. D. h. t. и l. 1 C. de iud. 3. 1 говорятъ объ exc. rei iudicatae въ ее т. н. отрицательной функціи, см. прим. 22). Др. мнѣн. Ветцель Civilproc. § 47 прим. 43, Унгеръ II стр. 657.

[13]) L. 26 pr. D. h. t. (Непризнаніе сервитута на возвышеніе поверхности до 10 футовъ содержитъ въ себѣ непризнаніе сервитута на возвышеніе ея до 20 футовъ). Ср. Зейф. Arch. V. 236.

[14]) Если говорится, что истцу не слѣдуетъ отыскиваемыхъ имъ 10, то этимъ выражается, что ему ничего не слѣдуетъ. Если же говорится, что истцу слѣдуетъ не 10, то является вопросъ, не слѣдуетъ ли ему 9 или 8 или какого бы то ни было иного количества ниже 10, или прямо признается за нимъ опредѣленное количество ниже 10. О первомъ случаѣ говорятъ l. 7 pr. D. h. t. (vv. idem erit probandum), l. 21 § 2 l. 30 pr. eod. Гдѣ дѣло идетъ о дѣйствительномъ цѣломъ, тамъ второй случай совершенно невозможенъ; ибо цѣлое есть нѣчто единое, нѣчто самостоятельное сравнительно съ своими частями, нѣчто отличное отъ своихъ частей, а потому сказать: слѣдуетъ не цѣлое, значитъ тоже, что сказать: цѣлое не слѣдуетъ.

[15]) L. 40 § 2 D. de proc. 3. 3, l. 30 § 1 D. h. t., l. 15 eod. L. 40 § 2 cit.:—„cum iudicatur, rem meam esse, simul iudicatur, illius non esse“. L. 15 cit.: — „Si meam esse (hereditatem pronuntiatum est), nocebit tibi rei iudicatae exceptio, quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur, tuam non esse; si vero meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intellegitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua“.

вленномъ притязаніи. Но оно можетъ содержать въ себѣ и непрямое рѣшеніе о названномъ притязаніи.

a. Если притязаніе, отвергнутое въ прежнемъ рѣшеніе, составляетъ необходимое предположеніе теперь предъявленнаго притязанія, то чрезъ рѣшеніе косвенно устраняется и предъявленное теперь притязаніе, которому поэтому противопоставляется возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ [16]). Равнымъ образомъ прежнее рѣшеніе можетъ быть противопоставлено и въ томъ случаѣ, когда отвергнутое въ немъ притязаніе снова предъявляется въ позднѣйшемъ дѣлѣ въ качествѣ возраженія [17]).

b. Но какъ поступать въ противоположномъ случаѣ, когда предъявленное теперь притязаніе разсматривалось въ прежнемъ дѣлѣ какъ условіе другаго притязанія или какъ возраженіе противъ него и въ этомъ качествѣ было отвергнуто: можетъ ли быть

---

[16]) Рѣшеніе, коимъ отвергается право собственности, противопоставляется притязанію о раздѣлѣ (l. 8 D. h. t., l. 1 § 1 D. fam. erc. 10. 2, l. 18 D. de exc. 44. 1, тоже и при наслѣдственномъ правѣ, l. 8 l. 11 § 3 D. h. t., l. 25 § 8 D. fam. erc. 10. 2), притязанію на плоды (l. 18 D. de exc. 44. 1) и приращеніе (l. 26 § 1 D. h. t., l. 33 § 1 D. de usufr. 7. 1), притязанію на принадлежащій данному земельному участку сервитутъ (l. 16 D. de exc. 44. 1), притязанію о залогѣ, выводимому изъ права собственности (l. 11 § 10 D. h. t., l. 3 § 1 D. de pign. 20. 1). Точно также для притязанія о залогѣ имѣетъ силу рѣшеніе о требованіи, для котораго установлено закладное право (l. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6), рѣшеніе объ отцовствѣ имѣетъ силу для притязанія на алименты (l. 7 D. de agnosc. 25. 3). Ср. тоже l. 1 § 4 D. de lib. exh. 43. 30, l. 8 § 1 D. de in ius voc. 2. 4.—Тому, что рѣшеніе о правѣ собственности обнимаетъ собою и право на плоды, повидимому противорѣчитъ l. 7 § 3 D. h. t. О различныхъ попыткахъ соглашенія (не вычеркнуть ли поп передъ posseat? не говоритъ ли первое рѣшеніе въ пользу истца? не требуются ли плоды въ силу другаго права? не отвергается ли возвраженіе лишь по правилу о цѣломъ и части?) см. Савиньи VI стр. 508, Бухку I стр. 141, Вангерова I § 173 прим. 1 № V. 3. b., Беккера стр. 237. 238. 247, Унгера II § 132 прим. 94, Ветцеля Civilproc. § 47 прим. 41, Виндшейда die Actio и т. д. стр. 97. 98, Крюгера стр. 164 и сл.—Съ приведеннымъ l. 33 § 1 D. de usufr. 7. 1 нужно еще сравнить l. 14 § 1 D. h. t. и Виндшейда die Actio и т. д. стр. 98. 99, Ветцеля § 47 прим. 43. 92, Крюгера стр. 170. 171.

[17]) Когда, напримѣръ, прежде отвергнутое обязательственное притязаніе приводится въ видѣ возраженія о зачетѣ, или прежде отвергнутое притязаніе о собственности приводится въ видѣ возраженія противъ actio Publiciana. О послѣднемъ случаѣ говоритъ l. 24 D. h. t., о первомъ—одно рѣшеніе въ Зейф. Arch. VII 299. 300. Возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ становится здѣсь репликою о рѣшенномъ дѣлѣ.

противопоставлено нынѣ заявленному притязанію это предварительное рѣшеніе? [18]) Тотъ же вопросъ повторяется по отношенію къ рѣшеніямъ о фактахъ, на основаніи которыхъ прежнее рѣшеніе пришло къ своимъ опредѣленіямъ о самыхъ правахъ, и такимъ образомъ наконецъ къ главному своему опредѣленію: можетъ ли быть противопоставлено представленному въ нынѣшнемъ процессѣ фактическому заявленію, отвергнутому въ прежнемъ процессѣ, возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ, неудачно названный вопросомъ о юридической силѣ основаній рѣшенія [19]), весьма споренъ [20]) и сомнителенъ; болѣе вѣскія основанія говорятъ за утвердительный отвѣтъ [21]).

---

[18]) Такъ, напримѣръ, имѣетъ ли силу возраженіе о рѣшенномъ дѣлѣ, если, послѣ непризнанія притязанія о сервитутѣ вслѣдствіе отсутствія права собственности на господствующее имѣніе, будетъ отыскиваться самое право собственности, или послѣ непризнанія возраженія о зачетѣ будетъ отстаиваться требованіе, на которое опиралось это возраженіе?

[19]) Это названіе неудачно по двумъ причинамъ: 1) потому, что дѣло идетъ только о судебныхъ рѣшеніяхъ, а соображенія, посредствомъ которыхъ судья приходитъ къ этимъ рѣшеніямъ и которыя нельзя иначе назвать какъ основаніями рѣшенія, само-собою разумѣется, положительно не получаютъ юридической силы; 2) потому, что это названіе способно привести къ совершенно ложному представленію, будто дѣло идетъ здѣсь о противоположности между тѣмъ, что обозначается словомъ „рѣшеніе“, и тѣмъ, что обозначается словами „основанія рѣшенія“. Савиньи употребляетъ такія названія: субъективныя основанія, объективныя основанія или элементы рѣшенія.

[20]) За утвердительный отвѣтъ на него въ новое время высказался именно Савиньи VI § 291—298. 293; затѣмъ за это мнѣніе высказались Вехтеръ II стр. 557 и сл., Вангеровъ I § 173 прим. 1 № III. V, Байеръ Vorträge стр. 434 и сл., Шеферъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 9, Виндшейдъ die Actio и т. д. стр. 89 и сл. 100 и сл., Эндеманъ стр. 83 и сл., а относительно нынѣшняго права: Кирульфъ стр. 260 и Бухка II стр. 184 и сл., между тѣмъ какъ эти послѣдніе писатели держатся противоположнаго мнѣнія по отношенію къ римскому праву (стр. 248 и сл., I стр. 300—312); точно также Бетманъ-Гольвегъ röm. Civilproz. II стр. 649 и сл. Противоположное воззрѣніе защищаютъ и по отношенію къ нынѣшнему праву: Беккеръ proc. Consumption § 15. 18. 19, Бринцъ I стр. 153 и сл., Ветцель Civilproc. § 47 отъ. прим. 94, Крюгеръ стр. 179 и сл. 213 и сл., Бушъ (Busch) Arch. f. civ. Pr. XLV. 12, Унгеръ II стр. 621 и сл. (коего изложеніе обращаетъ на себя особенное вниманіе). Ср. тоже Линде Arch. f. civ. Pr. XXXIII. 13, Болгіано (Bolgiano) Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XXI стр. 30 и сл. Изъ практики: Зейф. Arch. II 250, VIII. 99; I. 367, V. 236; VIII. 171, IX. 86, X. 294; X. 295; XX. 189. (Въ цѣломъ согласны съ тѣмъ, что здѣсь изложено). Blätter f. RAnwend. Ergänz. Bd. zum 31, u. 32. Jahrg. стр. 242.

[2]) Не подлежитъ сомнѣнію, что непризнаніемъ требованія, предъявленнаго

Впрочемъ, выясненное выше значеніе возраженія о рѣшенномъ дѣлѣ не соотвѣтсвуетъ тому значенію, которое это возраженіе

въ возраженіи о зачетѣ, обосновывается exc. rei iudicatae противъ всякаго дальнѣйшаго предъявленія этого требованія, l. 7 § 1 D. de compens. 16. 2, l. 8 § 2 D. de neg. gest. 3. 5; Зейф. Arch. I. 367, V. 236. Почему же должно дѣйствовать противное для другихъ правъ, предъявленныхъ въ видѣ возраженія, напр. въ томъ случаѣ, когда притязанію Публиціянскому противопоставляется право собственности? Что этому не противорѣчитъ l. 18 D. de evict. 21. 2, объ этомъ см. Савиньи VI стр. 428—429, Бетмана-Гольвега röm. Civilproz II § 111 прим. 78. Если рѣшеніе о предъявленныхъ въ видѣ возраженія правахъ имѣетъ юридическою силу, то очевидно, насколько въ этомъ заключается важный аргументъ въ пользу того мнѣнія, что тоже самое имѣетъ силу и для рѣшенія о такихъ правахъ, кои предъявлены были въ прежнемъ процессѣ въ видѣ предположенія для подлежащаго собственно рѣшенію притязанія. Далѣе въ пользу этого, даже независимо отъ аналогіи съ присягою (l. 13 § 2 D. de iurei. 12. 2), рѣшительно говоритъ l. 1 D. h. t. (Виндшейдъ die Actio и т. д. стр. 103). См. затѣмъ l. 6 § 4 D. nautae 4. 9 и къ этому Гартмана Arch. f. civ. Pr. L. стр. 129 и сл. Съ другой стороны мѣста, приводившіяся противъ этого, не убѣдительны. Самое доказательное изъ нихъ, именно l. 1 C. de ord. iud. 3. 8 можетъ быть понимаемо лишь въ томъ смыслѣ, что судья не имѣетъ нужды отклонять отъ себя главное рѣшеніе потому только, что онъ не компетентенъ для предварительнаго вопроса, ибо послѣдній не составляетъ непосредственнаго предмета его рѣшенія,—причемъ, конечно, предполагается, что его рѣшеніе объ этомъ предварительномъ вопросѣ не будетъ имѣть юридической силы именно потому, что онъ для него не компетентенъ. Ср. тоже l. 3 C. de iud. 3. 1. L. 15 § 4 D. de re iud. 42 1 и l. 5 § 8. 9 D. de agnosc 25. 3 (ср. § 18 eod., l. 10 D. de his qui sui 1. 6) говорятъ о рѣшеніи на основаніи summatim cognoscere, стало быть, на основаніи изслѣдованія, не разрѣшающаго дѣла; если принять объясненіе summatim cognoscere Бригглеба, что оно означаетъ не допущеніе недостаточныхъ доказательствъ, а исключеніе недоказанныхъ возраженій, то понятно будетъ также, почему въ l. 5 § 8 cit., между прочимъ сказано: „si constiterit filium esse“, но для юридической силы рѣшенія нѣтъ въ этомъ никакого усиливающаго основанія. Бригглебъ summar. Processe § 54. 57. 75—90. Если l. 17 D. de exc. 44. 1 и l. 23 D. h. t. и объявлютъ exc. rei. iudicatae недопустимымъ, то они все-таки вовсе не говорятъ, чтобы въ прежнемъ процессѣ данное право было отвергнуто. — Всего сомнительнѣе то положеніе, что законную силу должны имѣть не только предварительныя рѣшенія о правахъ, но и предварительныя рѣшенія о фактахъ, хотя въ послѣдовательности нельзя отказать и этому положенію.—Но какъ бы то ни было нельзя юридическую силу распространять на тѣ предрѣшенія, которыя судья (безъ нужды) постановилъ противъ стороны, для которой постановлено главное рѣшеніе. Напримѣръ, оспаривается сервитутное притязаніе: 1) на томъ основаніи, что не истецъ, а отвѣтчикъ есть собственникъ господствующаго поземельнаго участка, 2) на томъ основаніи, что сервитутъ не пріобрѣтенъ для

имѣло первоначально въ римскомъ правѣ. Порвоначально оно имѣло то значеніе, что чрезъ него имѣлось въ виду отстоять не содержаніе, а только существованіе прежняго рѣшенія, правило не говорило, что нельзя уже предъявлять того, противъ чего уже рѣшено, а говорило только, что нельзя болѣе предъявлять того, о чемъ рѣшено [22]). Но при своемъ послѣдующемъ развитіи римское право признало, что это правило не въ состояніи сообщить юридической силѣ рѣшенія полное значеніе [23]), а потому на мѣ-

---

этого участка, и въ первомъ случаѣ рѣшается въ пользу истца, а во второмъ въ пользу отвѣтчика. Отъ отвѣтчика нельзя требовать или даже разрѣшать ему, чтобъ онъ приводилъ противъ рѣшенія такое средство защиты, которое совершенно освобождаетъ его отъ исковаго притязанія. Противъ этого распространенія юридической силы основаній рѣшенія см. З е й ф. Arch. II. 250 въ к., III 209, VIII. 100.

[22]) Оно было лишь другою формою exceptio rei in iudicium deductae. Это exceptio, возникающее чрезъ litis contestatio, превращается съ постановленіемъ рѣшенія въ exceptio rei iudicatae.

[23]) Exceptio rei iudicatae въ его первоначальной функціи (ее неудачно назвали [ср. Виндшейда die Actio и т. д. стр. 110] отрицательною, а послѣдующую функцію положительною) основывается на слѣдующемъ довольно убѣдительномъ соображеніи. Истецъ не въ правѣ требовать вторичнаго рѣшенія; ибо если рѣшено въ пользу него, то въ такомъ рѣшеніи онъ получаетъ свое удовлетвореніе, если же рѣшено противъ него, то онъ не заслуживаетъ удовлетворенія. Скоро однако были замѣчены случаи, въ коихъ положеніе, что побѣдившій истецъ получаетъ удовлетвореніе чрезъ выигранное имъ рѣшеніе, оказывалось обманчивымъ, и въ коихъ онъ, не взирая на рѣшеніе, вынужденнымъ находился обратиться къ прежде предъявленному притязанію. Въ такихъ случаяхъ выходили изъ затрудненія тѣмъ, что противъ exceptio rei iudicatae истцу давалось replicatio rei secundum se iudicatae; объ этомъ говорится еще въ l. 9 § 1 D. h. t., l. 16 § 5 D. de pign. 20. 1, ср. тоже l. 9 pr. D. h. t. Но неудовлетворительность помянутаго пониманія стала еще очевиднѣе, когда стали сознавать, что auctoritas rei iudicatae можетъ быть нарушено и безъ того, чтобы проигравшій истецъ выступалъ съ тѣмъ же самымъ притязаніемъ, когда, напримѣръ, побѣжденный въ искѣ о собственности отвѣтчикъ съ своей стороны вчинаетъ искъ о собственности. Въ такихъ случаяхъ по предъявленному теперь притязанію не имѣлось никакого рѣшенія; нужно ли было допускать его? На это отвѣчали отрицательно, ибо прежнимъ рѣшеніемъ отвергнуто и теперь предъявленное притязаніе. Такимъ образомъ и въ этихъ случаяхъ давалось exc. rei iudicatae, но въ иномъ смыслѣ, то есть возраженіе не о рѣшенномъ, но объ отвергнутомъ дѣлѣ. — „Раскрытіе возраженія о юридической силѣ въ двухъ его родственныхъ, но различныхъ формахъ или функціяхъ составляетъ блестящую заслугу сочиненія Келлера (§ 28. 29. 30)“. Таково мнѣніе Савиньи VI стр. 280. Но въ новѣйшее время это ученіе Келлера, получившее благодаря Савиньи всеобщее преобладаніе, было оспари-

сто его поставлено то правило, которое подробно изложено уже выше и которое только и имѣетъ силу для нынѣшняго права [14]).

§ 131.

Насколько не допускается вторичное предъявленіе отвергнутаго въ прежнемъ рѣшеніи требованія, настолько же не допу-

---

ваемо Беккеромъ въ его сочиненіи über die processualische Consumption (стр. 13 и сл. 132 и сл.); ему послѣдовали Дернбургъ Heid. krit. Zeitschr II стр. 347 и сл., Бринцъ § 45. 46, Рудорфъ röm RGesch. II стр. 262 прим. 5. Эти писатели приписываютъ exc. rei iudicatae только отрицательное дѣйствіе. Но ихъ ученіе не согласно съ самимъ объемомъ этой exceptio. См. Виндшейда die Actio и т. д. § 10 именно стр. 104 и сл., Крюгера стр. 136 и сл., Бетмана-Гольвега röm. Civilproz. II стр. 636 и сл.

[14]) Савиньи § 282, Вехтеръ Erörter. III стр. 41 и сл., Вангеровъ I § 173 прим. I № III. Другіе писатели утверждаютъ, что рѣшеніе имѣетъ въ юстиніановомъ, стало-быть, и въ нынѣшнемъ правѣ, консумирующую силу, и притомъ даже оправдывающее рѣшеніе (Бетманъ-Гольвегъ röm. Civilproz. II § 111. III § 156, Ветцель Civilproc. § 47) или только обвиняющій (Бухка II стр. 211, Унгеръ II стр. 682—685 и § 132 прим. 4a). Первое мнѣніе имѣетъ лишь теоретическое значеніе, такъ какъ означенные писатели не выводятъ изъ консумирующей силы оправдывающаго рѣшенія никакихъ такихъ послѣдствій, которыя бы не вытекали изъ положительной функціи exc. rei. iudicatae. Напротивъ того, второе мнѣніе имѣетъ и практическое значеніе, именно по отношенію къ тому случаю, когда не все требовалось и присуждено изъ того, что могло бы быть потребовано въ силу предъявленнаго притязанія, напримѣръ, только капиталъ безъ нарослихъ процентовъ просрочки. Безъ сомнѣнія, справедливо, что во многихъ мѣстахъ источниковъ не допускается въ этомъ случаѣ позднѣйшее требованіе съ ссылкою на exc. rei iudicatae или безъ нея (l. 4 C. dep. 4. 34, l. 4 § 3 D. de nov. act. 9. 4, l. 1 C. si adv. rem. iud. 2. 27, l. 4 C. de iud. 3. 1). Но если признать, что съ одной стороны специфическая задача exc. rei iudicatae въ ея отрицательной функціи состояла тоже не въ чомъ иномъ какъ въ служеніи юридической силѣ рѣшенія, а съ другой— что правило: de eadem re ne bis sit actio уже не имѣетъ силы, то прійдется отказаться отъ означеннаго положенія, какъ послѣдствія отвергнутой точки зрѣнія. Для насъ рѣчь можетъ идти лишь о томъ, не слѣдуетъ ли въ какомъ-либо данномъ случаѣ усматривать въ ограниченіи перваго иска отреченіе отъ всякаго позднѣйшаго требованія. Если же, какъ полагаютъ, нельзя оставить безъ вниманія того рѣшенія, какое высказано въ помянутыхъ мѣстахъ, то прійдется сказать, что въ присужденіи заключается безмолвное непризнаніе большаго, какъ и дѣлаютъ Савиньи VI стр. 303 и сл. и Синтенисъ II стр. 97; см. тоже Вехтера II § 51 прим. 15. 16. Ср. ниже II § 259 прим. 10. — Противъ защищаемаго здѣсь воззрѣнія Зейф. Arch. VI. 165, VII. 14, XII. 92; за него Рейшеръ (Reyscher) Zeitschr. f. deutsch. R. XVII. 1 (1857). — Опредѣленіе l. 3 C. de fruct. et lit. exp. 7. 51 носитъ очевидно чисто положительный характеръ, а потому примѣнимо и нынѣ.

скается и оспариваніе того, что уже было признано въ прежнемъ рѣшеніи [1]). Хотя изъ этой стороны юридической силы рѣшенія собственно говоря не вытекаетъ возраженія, ибо возраженіе по своему существу возможно лишь противъ какого-нибудь утвержденія (требованія); но имѣющее здѣсь мѣсто отношеніе въ сущности то же, что и въ выше разсмотрѣнномъ случаѣ. Какъ тамъ утвержденіе, такъ и здѣсь оспариваніе парализуется ссылкою на окончательное рѣшеніе; вслѣдствіе того споръ считается вовсе не предъявленнымъ, и потому судья полагаетъ въ основу своего рѣшенія оспариваемое право или фактъ, какъ еслибы спора вовсе не послѣдовало [2]). Въ частности слѣдуетъ упомянуть, что въ признаніи цѣлаго заключается признаніе части, а въ признаніи части заключается признаніе цѣлаго, точно также какъ выше было замѣчено объ отвергнутомъ требованіи [3]); что равнымъ образомъ разъ признанное право не можетъ подлежать спору даже тогда, когда въ силу него предъявляется другое требованіе [4]), или когда оно

---

131. [1]) Это положеніе, непосредственно вытекающее изъ существа юридической силы, не ослабляется тѣмъ, что въ источникахъ оно указывается гораздо менѣе чѣмъ положеніе, ему противоположное. Ср. l. 11 § 3 l. 12 D. de iurei. 12. 2, l. 8 1 D. de in ius voc. 2. 4, l. 15 § 2 D. de inoff. 5. 2, l. 1 § 16 l. 2 D. de agnosc. 25. 3, l. 50 § 1 D. de leg. I° 30, l. 12 § 3 D. de bon. lib. 38. 2, l. 6 D. si ingen. 40. 14, l. 18 D. de exc. 44. 1. Виндшейдъ die Actio и т. д. стр. 109—112, Унгеръ II стр. 672 и сл. Основанія, въ силу которыхъ Пфейферъ Arch. f. civ. Pr. XXXVII. 4. 10 оспаривалъ это дѣйствіе рѣшенія, недостаточны; ср. Виндшейда в. п. с. стр. 109 прим. 50, но противъ этого по отношенію къ классическому праву опять Дернбургъ Pfandrecht I стр. 558. Что это дѣйствіе, рѣшенія не получило полнаго признанія, это утверждаетъ Крюгеръ стр. 174 и сл. Согласно съ тѣмъ, что здѣсь изложено, говорится въ Зейф. Arch. I. 282, VI. 67 VIII. 304, IX. 336; противъ этого, въ одномъ конечно особенномъ случаѣ, IV. 226

[2]) Рѣшеніе равняется, слѣдовательно, сознанію; подобно послѣднему оно установляетъ исключеніе изъ того правила, что оспариваемое дотолѣ не существуетъ для судьи, доколѣ утверждающій этого не докажетъ. Можно также сказать, что рѣшеніемъ установляется praesumtio iuris et de iure (§ 133 прим. 10).

[3]) Но если дѣло идетъ не о цѣломъ и его частяхъ, но просто о большемъ или меньшемъ, то хотя присужденіе большаго заключаетъ въ себѣ присужденіе меньшаго, но наоборотъ присужденіе меньшаго конечно не содержитъ въ себѣ присужденія большаго. Часть сравнительно съ цѣлымъ не есть нѣчто самостоятельное, каковымъ представляется меньшее количество сравнительно съ большимъ.

[4]) Напримѣръ, когда на основаніи присужденной собственности требуются плоды вещи, l. 18 i. f. D. de exc. 44. 1.

противопоставляется притязанію противника какъ возраженіе [5]), и что наконецъ признанное въ предварительномъ рѣшеніи прежняго процесса точно также не можетъ подлежать спору при будущемъ новомъ процессѣ между тѣми же сторонами [6]).

§ 132.

Юридическая сила рѣшенія имѣетъ дѣйствіе только для тѣхъ сторонъ, для коихъ оно постановлено; ни положительное (§ 130), ни отрицательное (§ 131) дѣйствіе его не можетъ быть противопоставлено третьимъ лицамъ [1]). Ибо иначе эти третьи лица должны были бы признать такое рѣшеніе имѣющимъ силу для нихъ, каковое признаніе не можетъ имѣть мѣсто не только послѣ, но и ранѣе рѣшенія, не только открыто, но и безмолвно [2]). Но и не-

---

[5]) Напримѣръ, когда присужденное требованіе противопоставляется какъ возраженіе о зачетѣ.

[6]) Такимъ образомъ сослаться на прежнее рѣшеніе можно и тогда, когда чрезъ это рѣшеніе, на основаніи права, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, освобожденъ былъ отвѣтчикъ, противопоставлявшій это право въ видѣ возраженія, напримѣръ, когда отвѣтчикъ освобожденъ былъ на основаніи возраженія о зачетѣ, которое онъ обосновывалъ предъявленнымъ теперь требованіемъ. Унгеръ II стр. 636 и сл. отрицаетъ это, между тѣмъ какъ въ томъ случаѣ, когда возраженіе было отвергнуто и отвѣтчикъ вслѣдствіе того былъ обвиненъ, онъ допускаетъ ссылку на прежнее рѣшеніе, какъ это, конечно, необходимо въ силу мѣстъ, приведенныхъ въ § 130 прим. 21; онъ полагаетъ, что въ этомъ послѣднемъ случаѣ въ непризнаніи искового притязанія непосредственно заключается непризнаніе возраженія, тогда какъ наоборотъ въ первомъ въ непризнаніи искового притязанія непосредственно не заключается признаніе возраженія. Но это различеніе ошибочно. Даже и въ случаѣ обвиненія обвиняющее рѣшеніе вовсе не содержитъ въ себѣ отрицанія предъявленнаго отвѣтчикомъ права, но приводитъ къ обвиненію на основаніи непризнанія этого права; оно постановляетъ: 1) что исковое притязаніе само по себѣ основательно, и 2) что противопоставленное ему право неосновательно. Подобнымъ же образомъ и въ случаѣ оправданія оно постановляетъ: 1) что исковое притязаніе само по себѣ основательно, 2) но что и противопоставленное ему право тоже основательно.

[1])L. 2 C. quib. res iud. 7. 56. „Res inter alios iudicatae neque emolumentum afferre his, qui non iudicio interfuerunt, neque praeiudicium solent irrogare". L. 7 § 4 D. h. t. „Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur". L. 1. 3. 22. 29 eod., l. 63 D. de re iud. 42. 1, l. 2 C. de exc. 8. 36. § 132.

[2]) Предварительное и безмолвное признаніе представляется въ томъ случаѣ, „cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae,

зависимо отъ этого признанія, тотъ, кто выводитъ свое право отъ другаго, долженъ подчиниться рѣшенію, постановленному противъ этого другаго [2]); но зато и наоборотъ, онъ можетъ сослаться на рѣшеніе, постановленное въ пользу этого другаго. Далѣе изъ приведеннаго правила есть нѣкоторыя преимущественно положительныя исключенія. 1) Если какое-либо право нераздѣльно принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ или противъ нѣсколькихъ лицъ, то рѣшеніе, постановленное въ пользу одного изъ соуправомоченныхъ или сообязанныхъ, имѣетъ силу и въ пользу остальныхъ соуправомоченныхъ или сообязанныхъ [4]). Напротивъ того рѣшеніе, по-

---

aut possessor venditorem de proprietate rei emtae“ (l. 63 D. de re iud. 42. 1). Иное дѣло, когда „ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit“. Различіе заключается въ томъ, „quod, qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quominus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest; is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est“ (l. 63 cit.). Ср. c. 25 X. de sentent. 2. 27. Келлеръ Litispontest. und Urtheil стр. 368 и сл., Савиньи VI стр. 476—479, Фрейдентайль (Freudentheil) Arch. f. Pr. XLII. 5, Биндингъ (Binding) тамъ же XLVII. 13 (который удачно объясняетъ приведенный въ этомъ мѣстѣ случай заклада изъ древней fiducia, ср. l. 3 pr. D. de pign. 20. 1, l. 11 § 10 D. h. t. и слова этого мѣста „qui priorem dominum defendere causam patitur“). Зейф. Arch. VIII. 170. — По римскому праву сюда же относится случай представительства, такъ какъ рѣшеніе постановлялось не для представляемаго, какъ у насъ, но для представителя. Ср. l. 4 l. 11 § 7 l. 25 § 2 D. de exc. rei iud. 44. 2 и Келлеръ Litiscontest. und Urtheil § 39—44.

[3]) Это прилагается не только къ общему, но и къ частному преемнику, и притомъ не только къ пріобрѣтенію чрезъ юридическое преемство, но и ко всякому иному производному пріобрѣтенію. L. 9 § 2 l. 11 § 3. 9. 10 l. 28 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 25 § 8 D. fam. erc. 10. 2, l. 3 § 1 D. de pign. 20. 1. Но, конечно, предполагается при этомъ, что рѣшеніе послѣдовало прежде производнаго пріобрѣтенія; позднѣйшее рѣшеніе столь же мало вредитъ пріобрѣтенію, какъ и позднѣйшій фактъ, уничтожающій право перваго пріобрѣтателя. L. 11 § 10 l. 29 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2, l. 3 pr. D. de pign. 20. 1. Ср. Зейф. Arch. VI. 67, VIII. 303. 304.

[4]) L. 4 § 3 D. si serv. 8. 5. „Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio,... et victoria et aliis proderit“. Точно также по l. 42 § 3 D. de iurei. 12. 2 рѣшеніе, постановленное въ пользу корреальнаго должника, идетъ и въ пользу содолжника. Что и рѣшеніе, постановленное въ пользу одного изъ корреальныхъ вѣрителей, оказываетъ такую же помощь другому корреальному вѣрителю, это въ силу arg. l. 4 § 3 cit. не можетъ подлежать сомнѣнію. Однако только-что названныя положенія признаются не всѣми,

становленное противъ одного изъ сообязанныхъ, не имѣетъ силы противъ остальныхъ сообязанныхъ [5]), а рѣшеніе, постановленное противъ одного изъ соуправомоченныхъ, имѣетъ силу противъ остальныхъ соуправомоченныхъ только тогда, когда проигравшій дѣло соуправомоченный былъ одинъ уполномоченъ на исключительное распоряженіе даннымъ правомъ [6]). 2) Если опредѣлено личное отношеніе одного участника въ спорѣ съ тѣмъ лицомъ, которое къ этому ближе всего причастно, то это отношеніе имѣетъ силу и противъ третьихъ лицъ [7]). 3) Рѣшеніе о дѣйствительности

ср. II § 295 прим. 8 и Савиньи Obl. I стр. 191. L. 6 § 4 D. nautae 4. 9. Гартманъ Arch. f. civ. Pr. L. стр. 129 и сл.

[5]) Утверждаютъ противное о томъ случаѣ, когда успѣшно предъявлено сервитутное притязаніе противъ одного изъ собственниковъ служащаго имѣнія. Такъ, напримѣръ, Савиньи VI стр. 481, Баронъ Gesammtrechtsverhältnisse стр. 160 и сл. Но это значило бы не что иное, какъ дать общему собственнику право односторонне облагать сервитутомъ общее имѣніе. Ссылкою на l. 4 § 4 D. si serv. 8. 5, это мнѣніе не подтверждается.

[6]) Такъ отказъ въ искѣ одному изъ корреальныхъ вѣрителей имѣетъ силу и противъ другихъ корреальныхъ вѣрителей, arg. l. 28 pr. D. de iurei. 12. 2; однако и это оспаривается, см. II § 295 прим. 8. Иначе при недѣлимомъ обязательствѣ, II § 299 прим. 10. Равнымъ образомъ отказъ въ искѣ одному изъ совмѣстныхъ собственниковъ, требовавшему извѣстнаго сервитута для общаго имѣнія, не имѣетъ силы противъ другихъ совмѣстныхъ собственниковъ. Этому не противорѣчитъ ни l. 19 D. si serv. 8. 5, ни l. 31 § 7 D. de neg. gest. 3. 5. Вехтеръ II § 73 прим. 80. Но и тутъ утверждали противное, напр. поименованные въ предыдущемъ примѣчаніи писатели и Эльверсъ (Elvers) Servitutenlehre стр. 800.

[7]) Если отцовство признано по отношенію къ отцу, то оно признано по отношенію къ братьямъ и сестрамъ, l. 1 § 16 l. 2 D. de agnosc. 25. 3; если кто-либо не признанъ отцомъ даннаго дитяти, то онъ не въ правѣ требовать это дитя и отъ третьяго лица, l. 1 § 4 D. de lib. exh. 43. 30. Такую же силу имѣетъ рѣшеніе, когда имъ признается или отрицается существованіе брака между супругами. У римлянъ сюда же относился случай свободы и свободнорожденности, l. 25 D. de statu hom. 1. 5, l. 42 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 14 D. de iure patr. 37. 14, l. 5 C. de ord. cogn. 7. 19. Впрочемъ во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣйствіе рѣшеніе противъ третьихъ лицъ не простирается до того, чтобы у послѣднихъ отнималось право утверждать, что они сами непосредственно заинтересованы въ данномъ правоотношеніи. Такъ, рѣшеніе объ отцовствѣ не можетъ быть противопоставлено тому, кто самъ утверждаетъ, что онъ истинный отецъ. Ср. l. 42 D. de lib. causa 40. 12, l. 1. 5 D. si ingen. 40. 14. Келлеръ Litiscontest. und Urtheil § 47, Вехтеръ II стр. 571, Buelow de praeiudicialibus formulis (Wratislaviae 1859) p. 49 sqq. Тѣснѣе Савиньи VI стр. 472—473. Ветцель Civilproc. § 47 прим. 34 и сл.

завѣщанія, поставленное для наслѣдниковъ по закону и по завѣщанію, обязательно и для отказопринимателя [8]) и вообще для всѣхъ тѣхъ, въ пользу или противъ которыхъ возникаютъ притязанія изъ дѣйствительности или недѣйствительности завѣщанія [9]). 4) Если въ пользу какого-либо лица, не имѣющаго права узаконеннаго наслѣдованія (Notherbenrecht), состоялось на основаніи этого же права рѣшеніе, коимъ уничтожено завѣщаніе, то на это рѣшеніе можетъ ссылаться и лицо, имѣющее на самомъ дѣлѣ означенное право [10]).

Прибавленіе. О доказательствѣ.

§ 133.

Ученіе о доказательствѣ не относится къ матеріальному праву, а къ праву процессуальному. Но по нѣкоторымъ своимъ сторонамъ оно находится въ непосредственномъ отношеніи къ матеріальному праву. Эти-то стороны и слѣдуетъ здѣсь указать.

1. Кто долженъ доказывать [1])? Истецъ долженъ доказать [3]) тѣ

---

[8]) L. 3 pr. D. de pign. 20. 1, l. 14 D. de apell. 49. 1, l. 50 § 1 D. de leg. I[0] 30, l. 8 § 16 l. 17 § 1 D. de inoff. test. 5. 2, l. 12 pr. § 2 C. de P. H. 3. 31.

[9]) L. 50 § 1 i. f. D. de leg. I[0] 30 l. 15 § 2 D. de inoff. 5. 2. Ср. Ветцеля Civilproc. § 47 прим. 33, и III § 584 прим. 19.

[10]) L. 6 § 1 D. de inoff. test. 5. 2.

§ 133. [1]) Изъ литаратуры ученія объ обязанности доказывать слѣдуетъ указать здѣсь: Вебера (Weber) über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesz № VI (1805, 3 изд. Гефтера 1845). Бетмана-Гольвега Versuche № V (1827). Гефтера въ Zusätzen къ поименованному сочиненію Вебера стр. 202 и сл. (1845). Гербера Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast (1858). Лангенбека (Langenbeck) die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten II стр. 243—358 (1860), Максена (Maxen) über Beweislast, Einreden und Exceptionen (1861). Буркгарда (Burckhard) die civilistischen Präsumtionen стр. 125—165 (1866). Унгера II стр. 555 и сл. Ветцеля Civilproc. § 15.

[2]) Правоположенія не могутъ быть предметомъ процессуальнаго доказыванія; задача сторонъ состоитъ въ приведеніи фактовъ; судья самъ прилагаетъ къ нимъ юридическія правила. Iura novit cura. Конечно, бываютъ случаи, въ коихъ нельзя требовать отъ судьи официальнаго знанія даннаго правоположенія (когда, напримѣръ, правоположеніе относится къ отдаленному мѣсту или времени или къ обычному праву); само собою разумѣется, что въ такихъ случаяхъ сама сторона должна убѣдить судью въ существованіи того правоположенія, на при-

факты [2]), которыми онъ долженъ подтвердить возникновеніе заявленнаго имъ притязанія [4]). Привести же онъ долженъ: а) только такіе факты, которыми можетъ быть подтверждено возникновеніе заявленнаго притязанія, а не тѣ, коими подтверждается его теперешнее существованіе. Фактовъ послѣдняго рода и нѣтъ вовсе; если противная сторона станетъ ссылаться на то, что прежде существовавшее притязаніе нынѣ уже не существуетъ, то она обязана привести и доказать факты, кои могли уничтожить это притязаніе [5]). b) Притязаніе само по себѣ можетъ быть не лишено основанія, но ему можетъ противостоять фактъ, обезсиливающій его дѣйствіе; не на истцѣ лежитъ обязанность утверждать

мѣненіи котораго она настаиваетъ; но это не подходитъ подъ понятіе доказательства, осуществляемаго по правиламъ процессуальнаго права. Ср. § 14 прим. 3. 4, § 17 прим. 2, Ветцеля Civilproc. § 20 № 2, Байера Vortr. стр. 681—684.

[3]) Предполагается, что они оспариваются и могутъ быть оспариваемы. То, что неоспорено (то-есть признано предъ судомъ), судья обязанъ прямо положить въ основу своего рѣшенія совершенно независимо отъ того, убѣжденъ ли онъ въ истинности неоспореннаго или нѣтъ; достаточно, ссли сторона желаетъ, чтобъ оно было принято за истинное. Не подлежатъ спору, вопервыхъ, т. н. общеизвѣстные факты, вовторыхъ, тѣ факты, оспариваніе которыхъ воспрещается какимъ-либо юридическимъ правиломъ, напримѣръ, факты, признанные окончательнымъ рѣшеніемъ (ср. прим. 11). О признаніи (Geständnisz) см. Бетмана-Гольвега Versuche № IV, Савиньи VII § 303—308; объ общеизвѣстности Ветцеля Civilproc. § 20 № 3, Байеръ стр. 719 и сл.

[4]) Принципъ обязанности доказывать оченъ простъ: доказывать долженъ тотъ кто утверждаетъ, а не тотъ, кто оспариваетъ. „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“ (l. 2 D. de prob. 22. 3);—„cum per rerum naturam factum negantis nulla probatio est“ (l. 23 C. eod. 4. 19). А потому обязанность доказывать лежитъ главнымъ образомъ на истцѣ, такъ какъ онъ прежде всего есть сторона утверждающая, а не на отвѣтчикѣ. „Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit“ (l. 21 D. h. t., l. 8. 20 C. eod). Но въ возраженіи утверждаетъ что-либо и отвѣтчикъ; а потому „in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere“ (l. 19 pr. l. 25 § 2 D. h. t.). Вопросъ только въ томъ, сколько каждая сторона должна утверждать, чтобы достигнуть побѣды. То, что обыкновенно называютъ вопросомъ объ обязанности доказывать, есть собственно вопросъ объ обязанности утверждать. Неправильно объясняется смыслъ правила „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“, когда подъ negare разумѣютъ не оспариваніе утвержденія противной стороны, а утвержденіе отрицательнаго факта. Что сторона должна утверждать, то должна она и доказать, все равно, будетъ ли это фактъ положительный или отрицательный. Ср. Бетмана Гольвега Versuche стр. 324—331.

[5]) L. 12 D. l. 1 C. h. t.

и доказывать отсутствіе подобныхъ фактовъ, но отвѣтчикъ обязанъ доказать ихъ существованіе [6]). с) Извѣстный фактъ самъ по себѣ можетъ обосновать притязаніе, хотя бы и не при всѣхъ обстоятельствахъ; правопроизводящая сила факта можетъ встрѣтить препятствія, о послѣднихъ должно сказать тоже, что сказано было выше, то-есть, что истецъ не обязанъ утверждать и доказывать ихъ отсутствіе, а напротивъ того отвѣтчикъ обязанъ сдѣлать то и другое относительно ихъ существованія [7]).— Для защиты отвѣтчика обязательны тѣ же правила, что и для нападенія истца. Слѣдовательно, отвѣтчикъ тоже обязанъ привести и доказать лишь тѣ факты, которые сами по себѣ способны сдѣлать приведенное въ защиту юридическое послѣдствіе само по себѣ основательнымъ, все равно, будетъ ли послѣднее особымъ притязаніемъ, какъ, напр. при возраженіи о зачетѣ, или уничтоженіемъ искового притязанія, или подавленіемъ его дѣйствительности или же отрицаніемъ его возникновенія. Сказанное о защитѣ отвѣтчика очевидно должно быть приложено и къ встрѣчной защитѣ истца и т. д. — Но какимъ образомъ, придерживаясь изложеннаго здѣсь правила, распредѣлять между сторонамя въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ тотъ матеріалъ, который слѣдуетъ привести и доказать, и что именно необходимо для того, чтобы извѣстное юридическое послѣдствіе можно было назвать непосредственно основательнымъ, но только остановленнымъ, чтобы могла быть рѣчь о фактѣ, имѣющемъ самостоятельное дѣйствіе: это вопросы, которые могутъ быть разрѣ-

---

[6]) Другимъ словами: возраженія въ смыслѣ гражданскаго права (римскія exceptiones) долженъ доказывать отвѣтчикъ. Ср. прим. 4.

[7]) Другими словами: отвѣтчикъ долженъ доказать и возраженія въ процессуальномъ смыслѣ. Примѣръ: кто ссылается на извѣстное волеизъявленіе, тотъ не обязанъ доказывать умственное здоровье изъявившаго волю, доказать помѣшательство послѣдняго обязана противная сторона (l. 5 C. de codic. 6. 36); точно также онъ не обязанъ доказывать, что это волеизъявленіе не было взято назадъ, взятіе назадъ этого изъявленія должна доказать противная сторона (l. 22 D. h. t., l. 22 D. de leg. II° 31, l. 11 § 12 D. de leg. III° 32); тотъ, кому два раза отказана одна и таже сумма, не обязанъ доказывать, что второе распоряженіе сдѣлано съ тою цѣлью, чтобы дать ему новое право, доказать противное долженъ противникъ (l. 12 D. h. t); отказопринимать не обязанъ доказывать, что предписаніе Фальцидіева закона къ нему не примѣнимо, обязанный выдать отказъ наслѣдникъ долженъ доказать, что законъ этотъ находитъ себѣ здѣсь примѣненіе (l. 17 D, h. t.). Зейф. Arch. XX. 116.

шены лишь на основаніи особаго свойства подлежащихъ разсмотрѣнію правоотношеній, и въ этомъ заключается та юридическая сторона ученія объ обязанности доказывать, ради которой необходимо было изложить здѣсь начала этого ученія [8]).

2. Что касается основаній и средствъ доказыванія, то относительно ихъ нужно замѣтить слѣдующее.

a. Доказывать можно между прочимъ [9]) и посредствомъ ссылки на выводы изъ другихъ несомнѣнныхъ фактовъ, въ каковомъ случаѣ говорятъ о доказательствѣ непрямомъ (искусственномъ) или основанномъ на предположеніи. Такіе выводы или предоставляются собственному усмотрѣнію судьи, или же они признаны самимъ правомъ и для судьи обязательны [10]). Въ какихъ случаяхъ имѣетъ мѣсто послѣднее, это опять вопросъ, который долженъ быть разрѣшенъ въ гражданскомъ правѣ при изложеніи отдѣльныхъ ученій [11]).

b. Утверждающій что-либо можетъ доказывать это посредствомъ присяги только тогда, когда противная сторона изъявляетъ согла-

---

[8]) Относящіеся сюда случаи собраны у Унгера II § 123 прим. 22—25 и стр. 468—471 § 129 прим. 28—33a и стр. 572—577, затѣмъ у Максена стр. 109 и сл.

[9]) Сверхъ того можно ссылаться или на то, что самимъ лицомъ усмотрѣно или на имовѣрныя показанія другихъ лицъ (личный осмотръ, свидѣтели, свѣдующіе люди, документы, присяга).

[10]) Въ этомъ случаѣ говорятъ о юридическомъ предположеніи (Rechtsvermuthung), о т. н. praesumtio iuris въ отличеніе отъ praesumtio facti S. hominis. Ср. о юридическихъ презумціяхъ: Унгера § 130 и сочиненіе (нѣсколько растянутое, но довольно дѣльное) Буркгарда die civilistischen Präsumtionen (1866).—При юридическихъ презумціяхъ встрѣчается еще слѣдующее различіе: положительное право либо допускаетъ опроверженіе, что законная презумція не примѣнима въ данномъ случаѣ, либо его не допускаетъ. Въ послѣднемъ случаѣ говорятъ о praesumtio iuris et de iure (sc. contrarii probationem non admittens). Ср. c. 30 X. de spons. 4. 1, впрочемъ тоже Буркгарда стр. 369 и сл.

[11]) Примѣры (опровержимыхъ) юридическихъ презумцій въ: l. 12 D. de statu hom. 1. 5 въ связи съ l. 6 D. de his qui sui 1. 6 (§ 56 b. прим. 1. 2), l. 51 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de apoch. publ. 10. 22 (II § 344 № 3). — Впрочемъ, о юридическихъ презумціяхъ говорится и тогда, когда правоположеніе, не уполномочивая на извѣстное заключеніе, предписываетъ признавать извѣстный фактъ несомнѣннымъ и безъ доказательства. Примѣры въ l. 9 § 1. 4 l. 22. 23 D. de reb. dub. 34. 5, l. 26 pr. D. de pact. dot. 23. 4 (§ 53 прим. 5), l. 51 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (II § 509 прим. 36).

сіе на то, чтобъ этой присягѣ дана была вѣра [12]), или когда судья дозволяетъ ему дополнить присягою недостаточное доказательство. [13]) Но въ видѣ исключенія утверждающій имѣетъ право подтверждать свои слова присягою и независимо отъ этихъ требованій [14]), и условія этого права также носятъ гражданскоправный характеръ. Оно примѣняется въ извѣстныхъ притязаніяхъ на наказаніе обязаннаго лица, когда притязаніе остается безъ удовлетворенія [15]) чрезъ его злой умыселъ; въ этомъ случаѣ управомоченный можетъ опредѣлить присягою свой ущербъ, при чемъ однако за судьею остается право руководствоваться собственнымъ усмотрѣніемъ, такъ что по уважительнымъ основаніямъ онъ въ правѣ и вовсе отвергнуть присягу [16]). Притязанія, при коихъ это умѣстно, суть слѣдующія: притязаніе на возстановленіе прежняго состоянія, притязаніе на возстановленіе состоянія, соотвѣтствующаго какому нибудь вещному праву, и притязаніе на предъявленіе себѣ какой нибудь вещи [17]). Но въ крайнемъ случаѣ, когда невозможно при-

---

[12]) Т. н. iusiurandum voluntarium, главная или добровольная присяга. Ср. Савиньи VII § 309—314.

[13]) Т. н. iusiurandum suppletorium, дополнительная присяга. Если перевѣсъ доказательствъ находится не на сторонѣ утверждающаго, то судья подобнымъ же образомъ постановляетъ свое рѣшеніе на основаніи присяги отрицающаго объ устраненіи начатаго доказательства, т. н. iusiurandum purgatorium, очистительная присяга. Для обоихъ видовъ присяги употребляется нынѣ выраженіе iusiurandum necessarium.

[14]) Iusiurandum in litem, оцѣночная присяга (Schätzungs-oder Würderungseid). Dig. 12. 3, Cod. 5. 53 de in litem iurando. Шретеръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 11. VIII стр. 159. 160, Момзенъ Beiträge zum Obligationenrecht III стр. 259—265. Глюкъ XII стр. 398—482, Вангеровъ I § 171, Синтенисъ II стр. 80—90, Вецель Civilproc. § 28 № 1.

[15]) Или потому, что онъ не желаетъ удовлетворить, или потому, что онъ не можетъ удовлетворить. Первый случай примѣненія оцѣночной присяги имѣлъ несравненно большую важность въ классическомъ римскомъ правѣ чѣмъ у насъ, такъ какъ отвѣтчикъ, недобровольно удовлетворившій притязаніе истца, могъ быть присужденъ лишь къ денежному взысканію. Отказъ отвѣтчика удовлетворить притязаніе технически называется contumacia. L. 1 l. 2 § 1 l. 4 § 4 l. 5 § 3 D. h. t., l. 18 pr. § 1 D. de dolo 4. 3, l. 68 D. de R. V. 6. 1, l. 25 § 1 D. sol. matr. 24. 3. Злой умыселъ и здѣсь ставится наравнѣ съ грубою небрежностью, l. 2 C. h. t.

[16]) L. 3 l. 4 § 1—3 l. 5 § 1. 2 D. h. t., l. 18 pr. D. de dolo 4. 3. Зейф. Arch. X 311, XIV. 181. 182.

[17]) Римляне говорятъ, что iusiurandum in litem имѣетъ мѣсто при actiones

вести другаго доказательства, такая присяга допускается и при другихъ притязаніяхъ и при всякой винѣ обязаннаго лица [18]).

Средства обезпеченія.

§ 134.

Кромѣ изложенныхъ въ предыдущихъ §§ средствъ судебной защиты существуютъ еще другія средства, имѣющія также цѣлью обезпечить осуществленіе соотвѣтствующаго данному праву состоянія. Всѣ они и носятъ общее названіе cautiones. Въ отдѣльности каждое изъ нихъ имѣетъ особое направленіе.

1) Есть средства, коими устраняется возможность сомнѣнія о дѣйствительномъ существованіи права [1]). Этой цѣли служатъ прежде всего доказательства [2]); но сюда же относится установле-

---

o restituere и exhibere (l. 2 § 1 l. 5 pr. D. h. t., l. 68 D. de R. V. 6. 1). Exhibere rem значитъ предъявить вещь (l. 2 l. 9 § 5 D. ad exh. 10. 4, l. ult. pr. D. de V. S. 50. 16). Въ restituere входятъ оба означенныя въ текстѣ вида возстановленія; restituere требуется, напримѣръ, вмѣстѣ съ притязаніемъ о собственности, хотя собственникъ, быть можетъ, доселѣ вовсе не владѣлъ, и точно также, напримѣръ, съ притязаніемъ, возникающимъ изъ принужденія или насильственнаго лишенія (l. 17 § 1 l. 20. 21 D. de R. V. 6. 1, l. 9 § 7 D. quod met. causa 4. 2, l. 5 D. de interd. 43. 1, l. 1 § 31. 41. 42 D. de vi 43. 16, l. 22 § 2 D. quod vi 43. 24, l. 81 D. de V. S. 50. 16; l. 7 D. si serv. 8. 5, l. 16 § 3 D. de pign. 20. 1). Зейф. Arch. I. 144. 378, IV. 266, IX. 349.—По римскому праву присяга эта имѣла мѣсто не при всѣхъ actiones о restituere и exhibere, но лишь при bonae fidei и arbitrariae actiones такого содержанія (l. 5 pr. l. 6 D. h. t., l. 3 § 2 D. comm. 13. 6). Это ограниченіе, имѣвшее свое основаніе въ самой концепціи формулы, нынѣ уже не имѣетъ силы. Зейф. Arch. XI. 152, XV. 170

[18]) L. 5 § 4 D. h. t. Зейф. Arch. IX. 349.

*) Синтенисъ I § 35.

§ 134

[1]) Ср. Бера Anerkennung § 1. 2.

[2]) О словоупотребленіи въ источникахъ: l. 2 § 1 D. de pactis 2. 14: „si debitori meo reddiderim cautionem“—; l. 47 § 1 eod.: „instrumentum... cuiuscunque summae,... cautiones ex quocunque contractu“—; l. 15 D. de prob. 22. 3: „cautione exsoluti fideicommissi“. Другія мѣста см. у Гнейста formelle Verträge стр. 233 и сл.

ніе наличнаго правоотношенія въ новомъ договорѣ, опредѣляющемъ его содержаніе и предѣлы [3]) (т. н. Verbalcaution).

2) Другія средства служатъ для обезпеченія доброй воли лица обязаннаго. Для этой цѣли служатъ обязательства неустойки за и присяга [4]).

3) Наконецъ есть средства, коими обезпечивается осуществленіе права противъ фактическихъ препятствій, въ ряду которыхъ особую важность представляетъ недостаточность имущественныхъ средствъ отвѣтчика (т. н. Realcaution). Для этой цѣли и служатъ: поручительство [5]), залогъ [6]), отдача предмета на сохраненіе не

---

[3]) Въ римскомъ правѣ этой цѣли служилъ стипуляціенный договоръ. А потому и стипуляція называлась cautio и притомъ даже тогда, когда ею впервые порождалось правоотношеніе (напримѣръ, cautio damni infecti). О стипуляціи обыкновенно составлялся письменный документъ; отсюда возникло значеніе cautio = документу стипуляціи. Ср. напр. l. 31 D. de cond. ind. 12. 6, l. 122 § 5 D. de V. O. 45. 1; l. 6 pr. D. de serv. exp. 18. 7; l. 1 § 4 D. de stip. praet 46. 5; l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 25 § 4 D. de prob. 22. 3, l. 11 § 2 D. de duob reis 45. 2.—По одному изъ предписаній Юстиніана, когда послѣднею волею возложена на кого-либо cautio, то подъ нею слѣдуетъ разумѣть лишь стипуляцію, l. 3 C. de verb. et rer. sign. 6. 38. Не подлежитъ сомнѣнію, что нынѣ при возложенномъ на кого-нибудь „обезпеченіи“ это истолковательное предписаніе не обязательно (хотя Юстиніанъ рядомъ съ выраженіемъ cautio ставитъ выраженія securitas, ἀσφάλεια).

[3]a) Подробнѣе объ этомъ во II § 285—286.

[4]) Cautio iuratoria, § 2 I. de satisd. 4. 11. Здѣсь разумѣется присяга обѣщательная, а не утвердительная. Ср. выше § 83a и II § 283. 324.

[5]) Satisdatio, т. н. cautio fideiussoria. L. 1 D. qui satisd. 2. 8, l. 188 § 1 D. de V. S. 50. 16. Ср. l. 1 § 5—8 D. de stip. praet. 46. 5. Въ тѣхъ случаяхъ, когда поручительство возлагается согласно предписанію закона (возлагаемое предписаніемъ закона поручительство нынѣ носитъ названіе cautio necessaria), казна (fiscus) освобождается отъ него, а для городскихъ обществъ мѣсто поручительства замѣняетъ клятвенное обезпеченіе, l. 1 § 18 l. 6 § 1 D. ut leg. 36. 3, l. 3 § 1. 5 D. si cui plus 35. 3, ср. l. 2 § 1 D. de fundo dot. 23. 5. При процессуальномъ обезпеченіи поручительство замѣняется клятвеннымъ обѣщаніемъ для лицъ, имѣющихъ недвижимую собственность или эмфитевзисъ (l. 15 D. qui satisd. 2. 8, l. 26 § 6 C. de episc. aud. 1. 4, l. 4 § 1 C. de sport. 3 2, l. 12 pr. C. de prox. sacr. scrin. 12. 19) или не могущихъ отыскать поручителя (Nov. 112 c. 2 pr., ср. однако l. 7 § 2 D. qui satisd. 2. 8). Кромѣ того по римскому праву нѣкоторые чиновники были привилегированы; l. 17 pr. C. de dign. 12. 1, l. 12 pr. C. de prox. sacr. scrin. 12. 19, l. 3 § 3 D. de privil. schol. 12. 30.

заинтересованному третьему лицу [7]), судебный вводъ во владѣніе вещью или имуществомъ [8]) и наложеніе судебнаго ареста [9]).

Прибавленіе къ I и II книгѣ.

О привилегіяхъ *).

§. 135.

Нормальный, доселѣ разсмотрѣнный порядокъ въ области права состоитъ въ томъ, что установляются правила, кои связываютъ съ извѣстными предположеніями извѣстныя юридическія послѣдствія и въ силу коихъ эти послѣдствія дѣйствительно наступаютъ, лишь только въ данномъ случаѣ осуществятся указанныя предположенія. Но бываетъ и такъ, что въ видѣ исключенія въ томъ же юридическомъ порядкѣ допускается немедленное и непосредственное наступленіе опредѣленныхъ юридическихъ послѣдствій на основаніи какого-либо наличнаго конкретнаго событія. Въ этомъ случаѣ говорятъ о привилегіи, привилегіи въ собствен-

---

[6]) T. н. cautio pignoraticia. L. 1 § 9 D. de coll. 37. 6, l. 4 § 8 D. de fideic. lib. 40. 5.

[7]) Sequestratio. Она можетъ быть произведена какъ сторонами, такъ и судьею L. 17 D. dep. 16. 3, l. 110 D. de V. S. 50. 16; l. 22 § 8 D. sol. matr. 24. 3 l. 3 § 6 D. de lib. exh. 43. 30. Ср. II § 380.

[8]) Missio in possessionem. Fig. 42. 4 quibus ex causis in possessionem eatur. Изъ недопущенія или вытѣсненія вводимаго во владѣніе возникаетъ для него притязаніе на возмѣщеніе ущерба, l. 1 pr.—§ 5 D. ne vis fiat ei 43. 4. См. II § 469 № 1.

[9]) Личный или вещный арестъ. У даннаго лица отнимается распоряженіе или собственною личностью или состоящею въ его владѣніи вещью (сюда же относится и судебный секвестръ).

*) Глюкъ I § 98—100. II. 101—110 (1790. 1791). Гуфеландъ Geist des röm. R. I стр. 211—295 (1814). Шлайеръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 2 (1855). Кирульфъ стр. 53 и сл., Вехтеръ II § 2. 3. 22. 122, Унгеръ I стр. 587 и сл. II стр. 312 и сл., Гольдшугеръ I § 13.

номъ или тѣсномъ смыслѣ [1]), хотя слово привилегія всего умѣстнѣе тамъ, гдѣ юридическое послѣдствіе, порожденное извѣстнымъ правоположеніемъ, состоитъ въ какомъ-либо благопріятномъ изъятіи [2]).

Привилегіи могутъ имѣть самое разнообразное содержаніе. Есть не только привилегіи частнаго права, но и такія, которыя принадлежатъ къ публичному праву. Они могутъ предоставлять (или отнимать) право какой либо дѣятельности, или право запрещать что либо другимъ [3]), или право не совершать какихъ-либо дѣйствій [4]). Они могутъ или установлять право и обязанности или доставлять лишь возможность къ пріобрѣтенію правъ или къ совершенію какихъ-либо юридическихъ дѣйствій [5]).

Юридическое послѣдствіе, установляемое привилегіею, можетъ относиться либо къ опредѣленному лицу, либо къ каждому изъ лицъ, вступающихъ въ данное конкретное отношеніе [6]). Если оно

---

§ 135 [1]) О привилегіи въ обширномъ смыслѣ говорятъ и въ томъ случаѣ, когда какимъ-нибудь юридическимъ *правиломъ* какой-нибудь *классъ* лицъ или отношеній ставится въ (благопріятное) исключительное положеніе (§ 29).—И здѣсь слово привилегія означаетъ какъ само правоположеніе, такъ и дѣйствіе его.

[2]) Въ своемъ мѣстѣ (§ 29) уже было замѣчено, что для обозначенія неблагопріятнаго исключительнаго положенія не только въ источникахъ не употребляется выраженіе privilegium (въ l. 1 § 2 D. de const. pr. 1. 4 встрѣчается выраженіе constitutio personalis), но и что наше выраженіе привилегія не можетъ быть въ томъ смыслѣ принимаемо и по обыденному словоупотребленію. Это, впрочемъ, не важно, ибо все рѣже и рѣже появляются правоположенія установляющія конкретно неблагопріятное положеніе лица.

[3]) Подобное право запрещенія часто встрѣчается въ промысловыхъ привилегіяхъ; обладатель промысловой привилегіи можетъ воспретить всѣмъ сторонним лицамъ занятіе даннымъ промысломъ. О привилегированныхъ промысловыхъ правахъ вообще ср. Шмида Arch. f. civ. Pr. XXXXIV. 1. 8 (1861).

[4]) Примѣръ, привилегія на свободу отъ податей.

[5]) Примѣры: предоставленіе отсрочки, узаконеніе рожденнаго внѣ брака дитяти; разрѣшеніе отъ препятствія къ браку, предоставленіе venia aetatis.

[6]) На этомъ основывается дѣленіе привилегій на privilegia personae, rei, causae. Примѣры: 1) А дана концессія на фабрику; 2) имѣнію А (каждому собственнику имѣнія А) предоставлено право на пользованіе водою изъ общественнаго бассейна или свобода отъ податей (l. 1 § 43 D. de aqua quot. 43. 20, l. 3 § 1 D. de cens. 50 15); 3) государство выпускаетъ бумаги на предъявителя, по коимъ разрѣшенъ размѣръ процентовъ свыше узаконенныхъ. Всѣ эти выраженія принимаются здѣсь въ нѣсколько другомъ смыслѣ чѣмъ при привилегіяхъ въ обширномъ смыслѣ (§ 29 прим. 5).

относится къ опредѣленному лицу, то оно сверхъ того либо можетъ переходить къ его юридическому преемнику, либо не можетъ [7]).

§. 136.

Возникновеніе привилегіи предполагаетъ извѣстное правоположеніе. Обыкновенный источникъ ея есть законъ. Законъ, установляющій извѣстную привилегію, долженъ удовлетворять тѣмъ же требованіямъ, какъ и всякій другой законъ; но нерѣдко случается, что дѣйствующее право даетъ извѣстному органу, который самъ по себѣ не уполномоченъ къ законодательству, право на предоставленіе привилегій [1]). Обычное право въ принципѣ не исключается; но весьма трудно предположить, чтобы для какого либо индивидуальнаго правоотношенія могло образоваться обычное право [2]). Если существованіе обычнаго права не можетъ быть доказано, то вопросъ о юридическомъ дѣйствіи продолжительнаго соблюденія разрѣшается единственно на основаніи правилъ о давности [3]), при чемъ принимается въ соображеніе особое содержа-

---

[7]) О томъ, имѣетъ ли мѣсто то или другое и когда и въ какомъ объемѣ имѣетъ мѣсто переносимость привилегіи, нельзя установить общаго правила Ср. l. 1 § 43 cit.

[1]) Если привилегія дана подъ условіемъ какого-либо положенія дѣлъ, то при § 136
веденію въ дѣйствіе этой привилегіи можетъ быть противопоставлена неистинность такого положенія дѣлъ (что предположенные факты неистинны или что кромѣ предположенныхъ фактовъ истинны еще и другіе факты, т. н. exceptil sub—et obreptionis). Въ этомъ отношеніи находятъ себѣ аналогическое примѣненіе правила источниковъ о рескриптахъ, l. 2—5 C. si contra ius 1. 22, C. de dil. 3. 11, c. 2. 3. 20 X. de rescr. 1. 3, c. 7 X. de fide instr. 2. 22 Зейф. Arch. VIII. 108, IX. 245, XIII. 4. Пухта Pand. § 14

[2]) Вопросъ, можетъ-ли установиться привилегія путемъ юридическаго обычая, весьма споренъ. За отрицательный отвѣтъ рѣшенія у Зейф. Arch. I. 3, II. 122, IX. 116, X. 190, XI. 2, XIII. 1, XIX, 1. 104 № I; затѣмъ статья Вакcмута (Wachsmuth) въ Magaz für Hannover'sches Recht VII стр. 325, а также Шфейферъ prakt. Ausführungen II стр. 9—10. VII стр. 180 (этотъ однако съ однимъ ограниченіемъ). За утвердительный отвѣтъ Зейф. Arch. II. 251, III. 1. 256, IV. 94, X. 4, XIV. 193, XVIII. 105, XIX. 104 № II Кирульфъ Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 № 51, и другая, статья въ Magaz. für Hannover'sches Rect Папе (Pape) VIII. стр. 163 и сл. Зейф. Arch. XXI. 10.

[3]) Правила о пріобрѣтеніи правъ въ субъективномъ смыслѣ посредствомъ давности

[3a]) Въ вопросѣ, какъ его обыкновенно ставятъ: можетъ ли привилегія быть установлена обыкновеніемъ (Observanz)? заключается два, не

ніе привилегіи; наконецъ къ разрѣшенію означеннаго вопроса можетъ служить и незапамятная давность (§ 113) [3]а).

Привилегія прекращается чрезъ отпаденіе ея предположеній [4]), чрезъ отреченіе управомоченнаго и чрезъ отмѣну ея новымъ правоположеніемъ. Свобода въ постановленіи такихъ отмѣнительныхъ правилъ столь же мало стѣснена, какъ и въ постановленіи другихъ правилъ, а потому она не связана также согласіемъ управомоченнаго. Нужно однако обращать вниманіе на то, имѣли ли въ виду предоставить право отмѣны привилегій тому же не управомоченному къ законодательству органу, которому были предоставлены выдачи привилегій. Вопросъ, о томъ въ правѣ ли тотъ, чья привилегія отмѣняется новымъ правоположеніемъ, требовать вознагражденія, разрѣшается не гражданскимъ правомъ [5]). — Непользованіе привилегіею не относится къ разряду общихъ основаній прекращенія привилегій; оно можетъ служить только основаніемъ прекращенія предоставляемыхъ привилегіею правъ, при чемъ, независимо отъ особыхъ законодательныхъ предписаній получаютъ свое примѣненіе общія начала [6]).

всегда надлежащимъ образомъ различаемые вопроса: 1) можетъ ли установиться привилегія чрезъ обычное право? 2) можетъ ли она установиться чрезъ незапамятную давность? Существуетъ впрочемъ и воззрѣніе, что въ обыкновеніи, продолжительномъ соблюденіи содержится молчаливое согласіе или признаніе. Зейф. Arch. II. 122, III. 256, IV. 94, IX. 243, XIX. 1.

[4]) Напримѣръ, смерть управомоченнаго при привилегіяхъ, связанныхъ съ даннымъ лицомъ; истеченіе времени, на которое дана привилегія.

[5]) Зейф. Arch. XIX. 213.

[6]) Ср. l. 1 D. de nund. 50. 11 и c. 6. 15. X. de privil. 5. 33. Фрицъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IV. 6 (1831), Штепессъ (Steppes) тамъ же XIV. 5 (1840) Вангеровъ I § 116 прим. Кирульфъ Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1867 стр. 970. 971.

ВАЖНѢЙШІЯ ОПЕЧАТКИ И ИСПРАВЛЕНІЯ.

Страница.	Строка.	Напечатано.	Слѣдуетъ читать.
1	10 сверху	Einleitungin	Einleitung in
5	12 —	римскаго права	римскаго права;
8	6 —	лѣ [3]), служатъ глоссы;	лѣ, служатъ глассы [3]);
14	10 —	особые кодексы [4]);	особые кодексы [1]);
16	3 —	rhmischen	römischen
36	11 —	Iahrb. f. ogmo	Jahrb. f. Dogm.
40	5 снизу	I, 3 pr.	l. 3 pr.
41	18 —	долбое время	долгое время
43	3 —	Schöffenweisthü er	Schöffenweisthümer.
58	18 снизу	ѣеляціи, т. н.	поляціи, т. н.
59	12 сверху	предъ тремя кодексами,	предъ остальными тремя сборниками,
64	2 снизу	которыя представлены	которыя предоставлены
65	7 —	за плутовство (Arglist)	за злой умыселъ (Arglist)
68	12 —	erito tempore	terito tempore
76	2 сверху	положенія [2]).	положенія [3]).
81	20 снизу	tubulas	tabulas
91	14 сверху	разумѣется собственно аткое основаніе,	разумѣютъ вообще такое отношеніе,
92	16 снизу	семейныхъ правъ,	семейныхъ правъ [3]),
93	10 сверху	могутъ устроить	могутъ устранить
94	18 снизу	Бехтеръ Erört.	Вехтеръ Erört.
—	2 —	debeatur, in	debeatur. in-
98	3 сверху	относящаго	относящагося
99	2 —	требуется не осужденіе	требуется не обвиненіе
103	10 —	римлянъ [3]).	римлянъ [5]).
104	18 —	Въ римскомъ правѣ. . . . . actionis	Въ римскомъ правѣ, какъ само притязаніе является въ качествѣ actio, такъ и препятствіе притязанію является какъ препятствіе actionis.
111	6 —	VIII стр. 8 и сл.,	VIII стр. 8 и сл.),
—	4 снизу	personam (standi) in iudi;	personam (standi) in iudi-
114	17 —	А. Перинце	А. Пернисъ

Страница.	Строка.	Напечатано.	Слѣдуетъ читать.
—	16 —	Савиньи II	Савиньи II
118	3 сверху	III. Юридически—важныя	В. Юридически—важныя
121	3 снизу	altatis	aetatis
—	1 снизу	На	На-
124	7 сверху	правѣ,	права,
126	2 снизу	„pater... is es est,	„pater... is est,
127	9 сверху	бы объ этой	объ этой
131	16 снизу	этого	этого лица.
132	11 сверху	уравни—	уравнивать—
137	4 снизу	Gaudlitz s	Gaudlitz s.
141	4 сверху	у требуется	требуется
—	19 —	представленіе	предоставленіе
142	15 —	опредѣленіе буду—	опредѣленіе о буду-
145	14 —	(Sondernachfolge) [23])	(Sonderhachfolge) [2 3])
146	5 снизу	Actio notalis	Actio noxalis
150	15 сверху	2) недозволенное	2) недозволенныя дѣянія или отношенія
151	2 —	въ прежнее состояніе;	въ прежнее положеніе;
—	4 —	II. Юридическіе факты.	II. Юридическіе акты.
152	18 снизу	я затѣтилъ	я замѣнилъ
	5 сверху	понятна	принята
154	1 сверху	остановленіе	оставленіе
—	11 снизу	наличность частной изъявленной воли, направленное	наличность изъявленія частной воли, направленнаго
157	8 сверху	сдѣлки [7]).	сдѣлки [8]).
158	6 —	состояніе	положеніе
—	10 —	ничтожны 10),	ничтожны [10]),
—	7 снизу	интердикція прещенія	интердикція (прещенія)
161	9 сверху	слишкомъ общіе	слишкомъ общія
—	11 —	nec ut qui	nec utique
162	2 сверху	послѣдовать	совершаться
163	1 —	отрицательно,	отрицательно [3]),
168	16 и 28 —	Лабанду	Лабанда
175	21 —	лукавству	злому умыслу
—	29 —	ухищренія	злаго умысла
176	2 снизу	l. Gpr.	l. 9 pr.
177	3 сверху	заннаго	занныхъ
—	12 —	волей;	волей [1a]);
178	15 снизу	возстановленія прежняго состоянія	возвращенія въ прежнее положеніе
—	3 —	обманѣ бывшемъ	обманѣ, бывшемъ
180	19 и 23—	извинительности	извинительность
184	11 сверху	restitutio, по причинѣ	restitutio по причинѣ
188	16 —	завленія	заявленія
—	12 снизу	отмѣна юридическаго дѣйствія,	отмѣна наступившаго дѣйствія акта,
191	18 снизу	воли становится недѣйствительнымъ не оттого,	воли не становится недѣйствительнымъ отъ того,
—	17 —	дареніе не оттого,	дареніе отъ того,
192	1 сверху	право	мѣсто
—	20 снизу	judica	judicia
—	14 —	женія,	женія,
193	20 —	какъ-то, что она есть	какъ то, что она есть;
197	3 —	мотированіе	мотивированіе
206	1 сверху	юдическое	юридическое
207	16 снизу	decim	decem
—	15 —	Maevie	Macvii
217	9 сверху	послѣдствій	послѣдствій [2]).
223	12 —	ся какъ къ	ся къ

Страница.	Строка.	Напечатано.	Слѣдуетъ читать.
—	11 снизу	могло	не могло
227	5 сверху	мнимыхъ	перепутанныхъ
229	8 сверху	несовершеніе	совершеніе
—	7 снизу	недѣйствительнымъ обѣщаніе наказанія	недѣйствительными: обѣщаніе штрафа
230		завлекательныя	корыстныхъ (captatoriae institutiones)
234	4 снизу	присоединительный	присоединенный
239	11 сверху	къ уничтоженію	объ уничтоженіи
242	7 сверху	можно бы	можно было
—	21 снизу	предложенія	предположенія
264	7 сверху	давностью	давности
275	5 —	въ теченіе	давность менѣе
—	13 —	вѣроженія	вторженія
277	16 —	и который доселѣ еще не укоренился	и не получившими рѣшительной силы
279	15 —	притязаніе	притязаній
—	1 снизу	Guget	Guyet
282	1 сверху	возраженія	возраженій
284	8 —	примѣчанія	примѣненія
286	11 —	отнято	отнято у нихъ
288	11 —	въ послѣднемъ	въ означенномъ случаѣ
290	1 —	Далѣе	Далѣе,
291	14 —	обмана	злаго умысла
301	6 —	онъ	это лицо
310	5 —	нарушительнымъ	нарушеннымъ
313	6 —	присвоить себѣ право	посягнуть
321	9 —	пріобрѣтателемъ	пріобрѣтателемъ
—	12 снизу	знано за правило	знана за правило
322	7 сверху	слѣдовательно	или
324	3 сверху	сопора	спора
—	17 снизу	заключается	заключаться
326	8 сверху	(rechtskräftiiger	(rechtskräftiger
330	4 —	наступитъ лишъ	наступить лишь
334	3 снизу	добровольномъ веденіи дѣлъ	бездовѣренномъ веденіи чужихъ дѣлъ
339	3 сверху	рѣшеніе	рѣшенія
342	1 —	Порвоначально	Первоначально
348	17 снизу	литаратуры	литературы

БИБЛ
Публичная
29.500—963.